

Estudio sobre el ingreso base de liquidación de la pensión de servidores públicos beneficiarios del régimen de transición

Study on income settlement basis of server board public beneficiaries of transition regime

Estudo sobre renda base de liquidação de placa para servidor beneficiários públicos de regime de transição

Lina Marcela Reyes-Sarmiento¹
María Carolina León-Chaín²
Luz Adriana Noriega-Jaime³

Recibido: 7 de julio de 2019

Aprobado: 28 de julio de 2019

Publicado: 11 de noviembre de 2019

Cómo citar este artículo:

Lina Marcela Reyes-Sarmiento, María Carolina León-Chaín, Luz Adriana Noriega-Jaime.
Estudio sobre el ingreso base de liquidación de la pensión de servidores públicos beneficiarios del régimen de transición. DIXI 29, Enero 2019, 1-45.
DOI: <https://doi.org/10.16925/2357-5891.2019.01.01>

Artículo de investigación. <https://doi.org/10.16925/2357-5891.2019.01.01>

¹ Magíster y candidata a PH.D. en Derecho Público Global. Universidad Pontificia Bolivariana, seccional Bucaramanga.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4139-9575>

Correo electrónico: linareyes83@hotmail.com

² Especialista y candidata a Magíster en Derecho. Universidad Pontificia Bolivariana, seccional Bucaramanga.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4292-5517>

Correo electrónico: lionchan1982@gmail.com

³ Magíster en Derecho. Universidad Pontificia Bolivariana, seccional Bucaramanga.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0511-8860>

Correo electrónico: adriananorja@gmail.com.

Resumen

Objetivo: la regulación del sistema pensional de los empleados públicos a lo largo de los años ha sido objeto de constantes cambios estructurales con el objetivo de asegurar su sostenibilidad fiscal, lo que ha traído consigo la expedición de varias normas y abundante jurisprudencia sobre el tema.

Metodología: en el presente artículo se analizan los cambios jurisprudenciales presentados en la interpretación del monto de la pensión de vejez a servidores públicos cobijados por el régimen de transición.

Hallazgos: se destaca el conflicto que se presenta entre los principios que favorecen los derechos pensionales y los principios y criterios que buscan la protección del sistema de seguridad social en Colombia.

Conclusiones: se concluye que, bajo el argumento de lograr la sostenibilidad fiscal, no pueden menoscabarse los derechos fundamentales ni las expectativas legítimas de los empleados públicos con la adopción de medidas regresivas que limiten la materialización de una mejor pensión, y, en caso de hacerse, esta debería estar mejor justificada, con el fin de asegurar la legitimidad de las decisiones judiciales de unificación.

Palabras clave: criterio de sostenibilidad financiera, favorabilidad, inescindibilidad, Ley 33 de 1985, Ley 100 de 1993, régimen de transición.

Abstract

Objective: the regulation of the pension system of public employees over the years has been subject to constant structural changes in order to ensure fiscal sustainability, which has brought the issuance of several rules and abundant jurisprudence on the subject.

Methodology: in this article the jurisprudential changes presented in the interpretation are analyzed of the amount of the old-age pension to public servants covered by the transition regime.

Findings: the conflict between the principles that favor pension rights is highlighted and the principles and criteria that seek the protection of the social security system in Colombia.

Conclusions: it is concluded that, under the argument of achieving fiscal sustainability, they cannot be impaired the fundamental rights or legitimate expectations of public employees with the adoption of measures regressive that limit the materialization of a better pension, and, if done, this should be better justified, in order to ensure the legitimacy of judicial unification decisions.

Keywords: criteria of financial sustainability, favorability, inescindibility, Law 33 of 1985, Law 100 of 1993, transition regime.

Resumo

Objetivo: a regulamentação do sistema previdenciário de funcionários públicos ao longo dos anos foi sujeita a mudanças estruturais constantes para garantir a sustentabilidade fiscal, o que trouxe a emissão de várias regras e abundante jurisprudência sobre o assunto.

Metodologia: neste artigo são analisadas as alterações jurisprudenciais apresentadas na interpretação. do montante da pensão de velhice a funcionários públicos abrangidos pelo regime de transição.

Constatações: destaca-se o conflito entre os princípios que favorecem os direitos a pensão e os princípios e critérios que buscam a proteção do sistema de segurança social na Colômbia.

Conclusões: conclui-se que, sob o argumento de alcançar a sustentabilidade fiscal, elas não podem ser prejudicadas os direitos fundamentais ou expectativas legítimas dos funcionários públicos com a adoção de medidas regressivo que limita a materialização de uma melhor pensão e, se feito, isso deve ser justificado, a fim de garantir a legitimidade das decisões de unificação judicial.

Palavras-chave: critérios de sustentabilidade financeira, favorabilidade, inescindibilidade, Lei 33 de 1985, Lei 100 de 1993, regime de transição.

I. INTRODUCCIÓN

Producto de grandes luchas de los trabajadores, acuerdos de la posguerra, estandarización de naciones sobre derechos y deberes laborales, en el siglo xx crece una fuerte corriente mundial encaminada a la protección de las personas ante una eventual imposibilidad de cubrir sus necesidades básicas, bien sea por vejez, invalidez o bien por muerte. Es así como, en Colombia, surgen una variedad de normas de diversos rangos, proveedoras de derechos pensionales, asunto que iba a la vanguardia de las tendencias mundiales. Sin embargo, empezaron a surgir normativas con distintos requisitos y beneficios para múltiples clases de trabajadores, como, por ejemplo, docentes, militares, privados, públicos y sindicatos¹.

Posteriormente, con el cambio de Constitución que se dio en Colombia en 1991, se materializó un variado catálogo de modificaciones en la estructura de la administración y en la concepción del ciudadano, de sus derechos y de su representación con respecto a ella. Esto, al considerar políticas antropocentristas basadas en la protección de los derechos, los deberes y las garantías de la sociedad, aspecto plasmado en el artículo 48 de la nueva Carta, en la que se demarcó la ruta de lo que será el derecho irrenunciable a la seguridad social tanto en salud como en pensiones².

No obstante, entre la gran variedad de transformaciones se abordó la mutación que tuvo el tema pensional, el cual creó un sistema de seguridad social integral inspirado en los cambios sufridos en el sistema económico latinoamericano.

La crisis económica latinoamericana de la década de los ochenta modificó de forma sustancial el escenario de las políticas sociales en la región. A partir de ese periodo se generó un proceso de redefinición de la intervención estatal y las estrategias económicas que adoptarían los países en esa materia³.

En Colombia, durante el Gobierno del presidente César Gaviria Trujillo, se tramitó y aprobó el proyecto de ley regulador del nuevo sistema de seguridad social, planteado para que generara en materia pensional tres grandes efectos: lograr la unificación de los regímenes pensionales existentes, lograr la sostenibilidad y la viabilidad financiera

-
- 1 Cf. Mitchell Orenstein. *La crisis de la privatización de las pensiones: ¿desaparición o resurgimiento de una tendencia*. REVISTA INTERNACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL 64. Marzo de 2011. Págs. 73-90.
 - 2 Cf. Esteban Restrepo. *Reforma constitucional y progreso social: la "constitucionalización de la vida cotidiana" en Colombia*. SELA (SEMINARIO EN LATINOAMÉRICA DE TEORÍA CONSTITUCIONAL Y POLÍTICA) PAPERS. Paper 14. 2002.
 - 3 Carlo Mamani, Hernan Alexis y Sagrario Garay Villegas. *Las implicancias de los actuales sistemas previsionales basados en cuentas de capitalización individual, análisis del caso chileno*. ESTUDIOS SOCIALES: REVISTA DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA 18(36). 2010. Pág 82.

del sistema y ampliar la cobertura a todos los nacionales, iniciativa materializada en la Ley 100 de 1993, expedida el 23 de diciembre.

Así, inicia con su expedición un delicado camino para la implementación de la recién creada ley, la cual determinó, en su artículo 36, los criterios y las condiciones que debían cumplir las personas que venían configurando su derecho a una pensión en regímenes previos y que le fueren más beneficiosos que los contemplados en la nueva legislación; de esta manera, para su entrada en vigencia este artículo estableció, en su segundo inciso, que se mantendría la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o las semanas cotizadas y el monto de la pensión a aquellas personas que a su entrada en vigencia cumplieran los requisitos de edad o tiempo de cotización, específicamente 35 años o más para mujeres, 40 años o más para hombres, o 15 años de servicios cotizados⁴.

Se entiende, entonces, que quienes venían cotizando en regímenes previos al de la Ley 100 de 1993 y cumplían los mencionados requisitos podían conservar el régimen anterior, puesto que tenían una expectativa legítima. Al respecto, la Corte Constitucional conceptualizó que una expectativa "es una esperanza no realizada todavía", y diferenció que un "derecho adquirido" puede ser considerado como aquél "que ha entrado definitivamente en un patrimonio, o una situación jurídica creada definitivamente"⁵.

Asimismo, en pronunciamientos posteriores indicó que debe establecerse un periodo de transición cuando exista un cambio de legislación como herramienta de protección del principio de confianza legítima y de buena fe)⁶. Es por esto que el régimen de transición ofrece beneficios que permiten conservar la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, así como el monto de la pensión de vejez. En efecto, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece lo siguiente:

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014*, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

4 Cf. Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diciembre 23 de 1993. DO 41.148. Art. 36.

5 Véase Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-168/95. (M.P.: Carlos Gaviria Díaz; abril 20 de 1995).

6 Cf. Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-964/99. (M.P.: Alejandro Martínez Caballero; diciembre 1 de 1999).

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

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor, según certificación que expida el DANE⁷. [Cursivas añadidas]

De acuerdo con lo anterior, el tercer inciso no presentaba con claridad todos los criterios que debían tenerse en cuenta para la determinación del ingreso base de liquidación (en adelante IBL) de los servidores públicos que cumplían los requisitos para acogerse al régimen de transición, lo que llevó a sendas interpretaciones jurisprudenciales.

De hecho, para el cálculo del monto de la pensión se requiere el cálculo de dos aspectos. Primero, la tasa de reemplazo (porcentaje a pagar con respecto al promedio de lo devengado). Segundo, el IBL (el promedio de lo devengado), al ser este último el generador de discrepancias entre los órganos de cierre en materia constitucional y en lo contencioso administrativo con relación a su interpretación y aplicación, en especial para los cobijados con la Ley 33 de 1985, puesto que no existía certeza si al realizar la liquidación de sus mesadas pensionales debía hacerse según lo reglado por la legislación pensional preexistente, o por lo contemplado en la nueva Ley 100 de 1993, en su artículo 36, inciso 3°; es decir, discrepaban sobre si el IBL hacía parte de lo incluido en el régimen de transición o no, para el caso de los servidores públicos.

Así, la Corte Constitucional, en algunas sentencias consideró que, por motivos de inescindibilidad de la ley, el IBL debía ser el establecido en la Ley 33 de 1985. Sin embargo, con la sentencia de constitucionalidad c-258 de 2013, en el marco del estudio

7 Véase Ley 100 de 1993, *supra*, nota 4, art. 36.

de las pensiones contempladas en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, con respecto a los congresistas, los magistrados y los altos mandatarios, concluye que el cálculo del IBL aplicable a los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición es el estipulado en la Ley 100 de 1993, y no el que cada régimen anterior establecía, lo cual limita así los factores integrantes del cálculo del IBL para la obtención de la pensión de vejez. Esta decisión la reiteró el fallo SU-230 de 2015, en el cual unificó su criterio jurisprudencial.

Por su parte, el Consejo de Estado no construyó una posición única, sino que existían pronunciamientos en los que se acogían los criterios de la Corte Constitucional y otros en los que se consideraba que para el cálculo del IBL debían tenerse en cuenta todos los factores devengados por el trabajador durante el último año de servicios, con lo cual se apartó de la interpretación realizada por la Corte Constitucional, en especial a partir de la sentencia de la Sección Segunda del 4 de agosto de 2010, expediente 0112-09.

Posteriormente, en fallo del 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena, con ponencia del consejero César Palomino Cortés, el Consejo de Estado acogió los postulados establecidos por el Tribunal Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, y unificó la jurisprudencia con respecto a la interpretación del factor monto de la pensión para los servidores acogidos al régimen de transición. Según el Consejo de Estado, el IBL será el establecido en el régimen de transición y no el régimen especial anterior. Además, crea dos subreglas para la interpretación del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así: a) el IBL está integrado por los factores sobre los cuales se realizaron aportes efectivos durante los últimos diez años laborados y no sobre la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicios; y b) los factores salariales, que se deben incluir en el IBL, son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al sistema de pensiones⁸.

Cabe resaltar que la discusión sobre el IBL de la pensión de los servidores públicos que están cobijados por el régimen de transición tiene un trasfondo muy importante que corresponde al conflicto entre el principio de solidaridad y el criterio de la sostenibilidad fiscal, y los principios de favorabilidad, inescindibilidad de la ley y progresividad de los derechos pensionales en el sistema de seguridad social colombiano. En efecto, esta cuestión es la que ha llevado a sendos pronunciamientos judiciales contradictorios y, por tanto, violatorios de la seguridad jurídica y de aquellas expectativas legítimas. Es decir, mediante fallos ordinarios y de tutela el Consejo de

8 Cf. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. SENTENCIA 00143-01/18. Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01. (C.P.: César Palomino Cortés; agosto 28 de 2018).

Estado y la misma Corte Constitucional han decidido que el IBL de la pensión de vejez de los servidores públicos cobijados por el régimen de transición es el establecido en el régimen anterior, sustentados en los principios de favorabilidad, inescindibilidad de la ley y progresividad de los derechos pensionales, lo que resultaba mucho más favorable para la liquidación de la pensión de vejez. De otra parte, en otros pronunciamientos la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han limitado los derechos pensionales a favor del principio de solidaridad y el criterio de sostenibilidad fiscal, al considerar que el IBL es el establecido en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de los últimos diez años y no el del último año de servicios.

De allí que surja el siguiente cuestionamiento investigativo: ¿De qué manera ha abordado la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa el conflicto entre principios o criterios constitucionales al determinar el IBL para la pensión de vejez de servidores públicos sometidos al régimen de transición?

A fin de estudiar la problemática planteada, en un primer momento se examinan los principios constitucionales a favor de los derechos pensionales, así como los principios y los criterios a favor de la protección del sistema de seguridad social en Colombia. Finalmente, se estudian las posiciones jurisprudenciales sobre el tema y, como producto del análisis, las réplicas a la unificación jurisprudencial actual de las jurisdicciones constitucional y contenciosa administrativa.

II. DESARROLLO DE LOS TEMAS

La organización de un artículo depende, en buena parte, del mensaje que quiera transmitir el autor —de la declaración de propósito— y del insumo que ha reunido para fundamentarlo. En el plan de escritura del artículo, el autor debe tener siempre en perspectiva lo siguiente: por qué el tema de estudio es importante, cuáles son los antecedentes más relevantes y actuales en la literatura que corresponden a ese tema y qué argumentos, conceptos y datos se deben analizar y resaltar, de manera lógica y fluida, en el texto.

En el caso de los artículos de investigación que contienen una parte empírica es usual que la organización parta de señalar el objeto de estudio, luego los antecedentes en la literatura, la metodología empleada, su justificación y los datos, los hallazgos y la discusión (o su análisis) y, por último, las conclusiones.

También un artículo se puede estructurar de manera cronológica con el propósito de dar cuenta de la forma en la que ha evolucionado o se ha tratado un tema (revisión), o por medio de hipótesis que proporcionen un esqueleto temático al artículo. La forma de organizar un artículo es diversa y debe alinearse con su propósito,

a fin de buscar que su mensaje llegue de forma eficaz y fácil a los lectores (y en esto también puede estar parte del éxito en un proceso de arbitraje).

III. APROXIMACIÓN TEÓRICA

En el propósito de propiciar una mejor comprensión del tema de investigación, es necesario tener en cuenta el marco de referencia que se presenta a continuación.

A. El régimen especial para servidores públicos

Los propios inicios del sistema de seguridad social en Colombia dan cuenta de un contraste entre lo dispuesto normativamente para el sector privado, que se denominó "seguridad social", y aquel de los funcionarios públicos, llamado "previsión social", cuyo manejo se asignó a la extinta Caja Nacional de Previsión Social, creada en 1945 mediante la Ley 6 del mismo año⁹.

Para los servidores públicos, las primeras disposiciones especiales en materia de sus derechos pensionales se fueron decantando gracias a la expedición de esta Ley 6 de 1945, con lo cual se estableció como edad para adquirir el derecho a la pensión en 50 años de edad y 20 años de servicios¹⁰.

A continuación, el Decreto 3135 de 1968, reglamentado por el Decreto 1848 de 1969, contemplaba los requisitos para acceder a una mesada pensional por invalidez, jubilación, sobreviviente o vejez, de modo que es esta última prestación sobre la que versará el presente trabajo.

Posteriormente, el Decreto Ley 1045 de 1978 modificó el régimen pensional anterior, reformas que vendrían de nuevo con la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 (para este texto, simplemente Ley 33), que procuraba materializar las políticas estatales en materia pensional, de manera que garantizaba el ampliar la cobertura de un naciente sistema pensional.

Para esto, la recién nacida Ley 33, en su primer artículo, determinó los requisitos a cumplir por los servidores públicos que pretendieran acceder a una mesada pensional, a saber: tiempo de servicio, edad, el cálculo del ingreso base de liquidación

9 Cf. Ley 6 de 1945. Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo. Febrero 19 de 1945. DO 25772. Art. 19.

10 *Id.* Art. 17.

(que no es más que el promedio de lo devengado en el último año de servicio), y la tasa de reemplazo que se determinó en el 75% del IBL¹¹ (Ley 33, 1985).

Lo benéfico para el servidor público cobijado con el régimen pensional de la Ley 33 resultaba ser que el cálculo del IBL se hiciera con los salarios del último año de servicios, puesto que, con mayor regularidad, los trabajadores al final de su vida laboral obtenían mejores salarios, de modo que apremiaban la experiencia y la permanencia¹².

Hasta aquí, el régimen de pensiones para servidores públicos era uno más dentro de un enorme y dispar grupo de disposiciones que existían en Colombia para diversos tipos de trabajadores. Por ende, ante esta falta de sistematicidad jurídica a nivel normativo, se vio la necesidad de establecer un sistema de seguridad social que terminaría por estructurarse en la Ley 100 de 1993, el cual, en palabras de la Corte Constitucional, se creó con el fin de solventar la crisis por la que atravesaba la seguridad social a causa de la multiplicidad de regímenes pensionales y de instituciones prestadoras de estos servicios¹³.

B. Ley 100 de 1993 y la pretendida unificación del sistema de seguridad pensional

El Congreso de la República de Colombia, por mandato expreso de la Constitución en su artículo 48, creó el Sistema de Seguridad Social Integral (salud, pensión, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios), con lo que elevó a rango constitucional la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio, irrenunciable y universal¹⁴. Mediante la promulgación de la Ley 100 de 1993, el preámbulo definió este sistema como un conjunto de instituciones, leyes y procedimientos que mediante la realización de los objetivos estatales y el aumento de su cobertura permite el goce de una mejor calidad de vida y protege a los ciudadanos ante

11 Cf. Ley 33 de 1985. Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público. Enero 29 de 1985.

12 Cf. Mónica Sofía Gómez, Luis Armando Galvis Aponte y Vicente Royuela. *Calidad de vida laboral en Colombia: un índice multidimensional difuso*. DOCUMENTOS DE TRABAJO SOBRE LA ECONOMÍA REGIONAL 230. 2015. Pág. 1-57.

13 Cf. Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-017/98. (M.P.: Carlos Gaviria Díaz; febrero 4 de 1998).

14 Cf. Oscar Fernando Mejía Moreno, Yesenia Grajales Ortiz y Valeria Gaviria Vásquez. *Análisis y aplicación en Colombia de los convenios bilaterales y multilaterales suscritos por la República de Colombia en materia de seguridad social en pensiones desde el 1º de enero de 1998 al 1º de abril de 2010*. MEMORANDO DE DERECHO AÑO 2011 2(2). 2011.

diversas contingencias que, en el caso pensional, corresponden a la vejez, la invalidez y la muerte¹⁵.

Es así como esta normativa buscaba estructurar un sistema que mejorara la calidad de los servicios y garantizara los beneficios a todos los habitantes de forma organizada y coherente dentro de un solo régimen. En consecuencia, creó dos regímenes pensionales solidarios de carácter excluyente pero coexistentes. Por una parte, el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y, por otra, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), al ser el primero administrado, principalmente, por el otrora Instituto de Seguros Sociales, y el segundo, por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP) privadas. La expresión "excluyentes" hace referencia a que no puede haber persona afiliada a los dos regímenes de forma simultánea¹⁶.

Esta Ley permitió que las cajas, los fondos y las entidades de seguridad social, del sector público o del sector privado, continuaran administrando los aportes de sus afiliados dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, mientras se admitía a tales entidades su subsistencia. De esta manera, los servidores públicos que antes del 1 de abril de 1994 se encontraban activos dentro de un sistema pensional, se les dio la oportunidad de seguir en la entidad a la cual se encontraban afiliados, o bien podían trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de los fondos privados, previa comunicación escrita a su empleador¹⁷.

Ahora bien, este novedoso sistema de seguridad social integral fue reglamentado parcialmente por el Decreto 691 de 1994, el cual, en su artículo 2, determinó que la entrada en vigencia de la ley se diera en dos tiempos según el nivel territorial al que los servidores públicos pertenecieran. La fecha abril 1 de 1994 fue la de entrada en vigencia para los servidores públicos del orden nacional, y 30 de junio de 1995 para los servidores públicos departamentales, municipales y distritales, y de sus entidades descentralizadas¹⁸.

15 Véase Ley 100 de 1993, *supra*, nota 4, "Preámbulo".

16 Cf. Nora Duque Gómez y Sandra Patricia Duque Quintero. *El derecho fundamental a una pensión y el principio de sostenibilidad financiera: un análisis desde el régimen de prima media con prestación definida en Colombia*. JUSTICIA JURIS 12(1). 2016. Págs. 40-55.

17 Cf. Decreto 1068 de 1995. Presidente de la República de Colombia. Por el cual se reglamenta la entrada en vigencia del sistema general de pensiones en los niveles departamental, municipal y distrital, la constitución de los fondos de pensiones del nivel territorial, y la declaratoria de solvencia de las cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público del nivel territorial. Junio 23 de 1995. DO 41903.

18 Cf. Decreto 691 de 1994. Por el cual se incorporan los servidores públicos al sistema general de pensiones y se dictan otras disposiciones. Marzo 29 de 1994.

C. *El régimen de transición*

En materia de legislación sobre seguridad social en pensiones, es necesario que, en el caso en que nazca una nueva disposición, se permita un régimen de transición para tal sustitución¹⁹, ya que hay de por medio derechos en vía de adquisición. En específico, en el caso de los servidores públicos sucedió de la Ley 6 de 1945 a la Ley 33 de 1985, y así mismo debía suceder para el tránsito de la Ley 33 a la Ley 100 de 1993, ya que esta contempla un IBL calculado sobre lo devengado en los últimos diez años, mientras que, se reitera, la Ley 33 lo calculaba con el promedio de lo devengado en el último año. El esperado régimen de transición de la Ley 33 a la Ley 100 se estableció en esta en su artículo 36.

El régimen de transición pensional, regulado en el artículo 36 en comento, busca el reconocimiento de derechos adquiridos de todos los trabajadores en la traslación de una legislación de seguridad social a otra²⁰, de modo que es para el interés de este trabajo lo concerniente a los servidores públicos. En consecuencia, el mencionado artículo determinó los criterios a considerar para conservar el régimen anterior, es decir, en tratándose de servidores públicos lo dispuesto en la Ley 33 de 1985. Como se indicó, estos criterios son: para quienes al 1° de abril de 1994 hayan tenido 35 años si son mujeres, o 40 años si son hombres, o 15 años o más de servicios o de tiempo cotizado; a ellos se les conservará lo determinado en la Ley 33 de 1985, en cuanto al tiempo de servicio, número de semanas cotizadas y el monto de la pensión.

Al respecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia c-540 de 2008, consideró que la ley 33 de 1985:

Rige de manera ultractiva y aún produce efectos jurídicos en nuestro ordenamiento. Esto obedece a que, en consideración a la existencia de una multiplicidad de regímenes pensionales anteriores a la reforma introducida por la Ley 100 de 1993, y con el propósito de proteger la expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión en las condiciones particulares de cada régimen, la misma Ley, en su artículo 36, previó un régimen de transición²¹.

19 Cf. Kelly Viviana Enciso Martínez. ANÁLISIS AL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA EN COLOMBIA, UN ANÁLISIS PARA LOS EMPLEADOS PÚBLICOS. Trabajo de grado. Universidad Católica de Colombia. (2018).

20 Cf. Sandro José Jácome Sánchez. EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL, CONTINUIDAD DE SUS EFECTOS DESPUÉS DEL 31 DE DICIEMBRE DE 2014. Grupo Editorial Ibáñez. (2012).

21 Véase Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA c-540/08. (M.P: Humberto Antonio Sierra Porto; mayo 28 de 2008). Párr. 11.

De acuerdo con lo examinado hasta ahora, los servidores públicos han contado con un régimen especial, lo que significa que cuentan con una serie de derechos específicos para la liquidación de sus pensiones de vejez. Si bien es cierto que con la pretendida unificación del sistema pensional el Estado colombiano pretendía hacer más sostenible el sistema de seguridad social, el establecimiento de dicho régimen de transición buscaba proteger dichos derechos adquiridos y las expectativas legítimas de este grupo poblacional.

Si se tiene en cuenta que el problema radica en el estudio de los principios y los derechos constitucionales en conflicto, es pertinente enmarcar la investigación en el paradigma del neoconstitucionalismo, el cual se describe a continuación.

D. El paradigma del neoconstitucionalismo

La investigación pretendida se inspira en la teoría del neoconstitucionalismo, perspectiva que, como lo plantea, entre otros, Paolo Comanducci, tiene dos alcances: el primero de ellos, cuando se emplea como teoría, ideología o método de análisis; y el segundo, cuando se desarrolla a partir de criterios de constitucionalización del derecho en busca de la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, frente a la limitación que de estos hacen los poderes estatales²².

Colombia, basada en las enseñanzas de la Segunda Posguerra europea, pasa de un Estado de derecho regido por concepciones netamente positivistas a contemplar un catálogo de derechos sin precedente, aspecto que trae consigo una serie de cambios sustanciales respecto a la aplicación y la protección de los derechos recientemente contemplados, en la nueva concepción naciente de Estado social de derecho²³.

Esta modificación sustancial a la concepción del decimonónico Estado de derecho, en conjunto con el predominio que se confiere a la Constitución como regente primario de la sociedad, muestra la incidencia que el neoconstitucionalismo ha tenido en el modelo de Estado social y democrático, confiriéndole un papel protagónico, superlativo y vinculante al documento constitucional, entendido este como una fuente legitimadora de leyes y derechos que contempla garantías jurídicas incluyentes y normas imperativas para la convivencia y la regulación de la sociedad de aplicación directa: "[...] y este papel predominante conferido a la Constitución es precisamente el

22 Cf. Paolo Comanducci. *Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico*, en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*. ISONOMÍA 16. 2002. Pág. 89.

23 Cf. Miguel Carbonell. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en América Latina*. PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL 14. S. f. Págs. 11-31.

que asume el Estado de derecho dentro del Estado social y democrático, mostrando, con ello, una clara coincidencia²⁴.

Autores como, por ejemplo, Luigi Ferrajoli, Gustavo Zagrebelsky, Ronald Dworkin y Robert Alexy, son algunos de los exponentes más mencionados por las instituciones colombianas a la hora de implementar los conceptos traídos con las concepciones neoconstitucionalistas, tal como lo señala Carbonell:

Las posturas de algunos de estos teóricos incluso han servido de guía para la jurisprudencia; por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana se ha inspirado con frecuencia en la teoría de los principios de Robert Alexy o en su comprensión de la manera en que puede hacerse la ponderación de derechos²⁵.

IV. METODOLOGÍA

La hipótesis que se intenta demostrar se circunscribe a establecer si las decisiones judiciales sobre los factores salariales que deben hacer parte del IBL, de la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición, tienen un efecto directo en la aplicabilidad de los principios y los criterios constitucionales en juego; por tanto, si tales decisiones judiciales deben argumentar de forma rigurosa y suficientemente clara la manera en que resuelven la colisión de principios.

En el desarrollo de la investigación se hizo uso del enfoque de investigación cualitativa. En este propósito, se comenzó por la búsqueda y la recolección de literatura especializada, normatividad y jurisprudencia. Luego, y con el fin de desarrollar los objetivos planteados, se realizó la observación y el análisis documental acerca de la variación de criterios sostenidos sobre el tema en las corporaciones judiciales de cierre constitucional y contencioso administrativo, lo cual permitió evidenciar su evolución a nivel de *ratio decidendi* y aspectos sin resolver.

24 Véase Sergio Alberto Rojas Quiñones. *Colombia con toga: una apuesta por el Neoconstitucionalismo en el Estado Nacional*. UNIVERSITAS ESTUDIANTES. 2008. Pág. 30.

25 Véase Miguel Carbonell, *supra*, nota 23. Pág. 24.

V. RESULTADOS

Como resultado de la investigación, se evidencia la existencia de un conflicto entre principios y criterios constitucionales en la determinación del IBL de la pensión de vejez de servidores públicos beneficiarios del régimen de transición. Por esta razón, a continuación se describirán las características más importantes de los principios y los criterios en comento, para luego estudiar la forma en que la jurisprudencia de estas altas cortes ha abordado la problemática.

A. Examen de los principios y criterios constitucionales en conflicto

Del estudio sobre IBL de la pensión a servidores públicos beneficiarios del régimen de transición se encuentran, por una parte, los principios que sirven de argumento a favor de los derechos pensionales, y, por otra, aquellos principios y criterios a favor de la protección o sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social colombiano.

1. El principio de favorabilidad

Este principio señala que al existir varias normas aplicables para la resolución de un caso, debe procurarse la aplicación de la que sea más favorable, aunque no se aplique estrictamente el orden jerárquico clásico de las normas²⁶.

El principio de favorabilidad está ampliamente ligado a la aplicación de normas de derecho penal, ya que muchas personas se recrean en su imaginario tal contexto. Sin embargo, lo cierto es que mucho de esta concepción se le debe a la Constitución Política de Colombia de 1886, la cual disponía, en su artículo 26, el principio de legalidad, y en su segundo inciso, a modo de excepción, el principio de favorabilidad, limitándolo a la materia criminal al establecer que debía ser aplicada la ley más favorable²⁷.

Posteriormente, el Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 21 adopta, para sí, el principio de favorabilidad, de modo que amplía su espectro de aplicación, en el que, "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"²⁸.

26 Cf. Américo Pla Rodríguez. *LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO*. De Palma Ediciones. (1998).

27 Cf. Constitución Política de Colombia [Const.]. Agosto 5 de 1886. (Colombia).

28 Véase Código Sustantivo del Trabajo. Junio 7 de 1951. DO 27.622.

En 1991, se elevó a rango constitucional el principio de favorabilidad en materia laboral, mediante la inclusión del artículo 53 que impuso al Congreso de la República —al expedir el Código Sustantivo del Trabajo— contemplar unos principios mínimos, lo que incluye el de favorabilidad: “Situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho”; más adelante, en el mismo precepto, determina la obligación del Estado en materia pensional, al garantizar los derechos de los trabajadores al pago y reajuste de su mesada, reafirmando la estrecha relación del derecho laboral con la seguridad social.

Es importante señalar que la seguridad social se considera un derecho de especial protección por ser una garantía de salvaguarda ante contingencias tales como la incapacidad laboral, la invalidez, la muerte y la vejez. La actual Carta, por remisión de las convenciones internacionales del trabajo, integra la seguridad social al ordenamiento jurídico. Al respecto manifiesta Cobos González (2014): “El derecho a la seguridad social ha sido reconocido como un derecho humano en dos instrumentos fundamentales de Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc)”²⁹.

La seguridad social en Colombia ha sido ampliamente desarrollada en el nivel constitucional en procura de lograr el perfeccionamiento de los fines del Estado social y democrático de derecho. De la lectura del artículo 48 de la Constitución se infiere una doble connotación, la primera de ellas, al considerarla como un servicio público obligatorio bajo la dirección del Estado, y la segunda, como un derecho irrenunciable³⁰.

Bajo esta perspectiva, el principio de favorabilidad es aplicable en dos situaciones marco. Una, cuando existen dos normas jurídicas aplicables a un mismo supuesto de hecho, en el entendido de que debe aplicarse siempre la norma que le sea más favorable al administrado, lo cual, en palabras de Vázquez Vialard, estipula que “en el supuesto de que una misma situación de hecho sea regulada por dos o más normas que no admiten su aplicación conjunta, debe ser preferida aquella que resulte más favorable para el trabajador”³¹. La segunda, cuando sobre una misma ley existen varias interpretaciones posibles.

29 Véase Damaris Cobos González. *El Estado garante de la seguridad social como derecho fundamental en el derecho laboral*. ADVOCATUS 11(22). 2014. Pág. 248.

30 Cf. Sandra Patricia Duque Quintero, Marta Lucía Quintero Quintero y Derfrey Antonio Duque Quintero. *La seguridad social como un derecho fundamental para las comunidades rurales en Colombia*. OPINIÓN JURÍDICA 16(32). Julio-diciembre 2017. Págs. 189-209.

31 Véase Antonio Vázquez Vialard. *TRATADO DE DERECHO DEL TRABAJO. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO DEL TRABAJO (Vol. I)*. Rubinzal-Culzoni. (2008). Pág. 328.

Por su parte, la Corte Constitucional ha indicado al respecto que este principio debe ser aplicado en caso de duda al momento de aplicar una disposición jurídica cuando haya dos textos normativos vigentes, dándole prioridad a la disposición más provechosa al beneficiario del sistema de seguridad social³², o cuando existen posiciones divergentes³³. En el mismo sentido, el Consejo de Estado señaló que, en caso de duda en la interpretación de la norma, debe escogerse la más benéfica para el trabajador³⁴.

2. La progresividad de los derechos laborales

En materia de derecho laboral, el artículo 53 superior abrió la puerta para la integración en bloque de lo dispuesto internamente, junto con los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados; por ende, como normas de derecho internacional tienen aplicación directa dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Así lo ha expresado Avendaño Murillo (2014): “Aquellos convenios que integran el bloque de constitucionalidad han de ser aplicados por todas las autoridades y los particulares para asegurarse de que las Leyes nacionales sean interpretadas de manera acorde con la Constitución y tales convenios”³⁵.

En el mismo sentido, se ha manifestado que “el principio de progresividad tiene sustento en el derecho internacional de los derechos humanos, ya que este contempla la obligación de los Estados parte de lograr el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales”³⁶.

Un ejemplo de aquellas normas que integran el bloque de constitucionalidad es el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc), ratificado mediante la Ley 74 de 1968, “por la cual se aprueban los “Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles

32 Cf. Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA T-832A/13. (M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva: noviembre 14 de 2013).

33 Véase Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-168, *supra*, nota 5.

34 Véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. SENTENCIA 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09). Agosto 4 de 2010.

35 Germán Enrique Avendaño Murillo. *El derecho laboral como derecho humano*. VERBA IURIS 32. 2014. Pág. 66.

36 Véase Néstor Javier Calvo Chaves. *Aplicación del principio de progresividad en la jurisprudencia constitucional colombiana*. MEMORANDO DE DERECHO 2(2). 2011.

y Políticos”³⁷, pacto que, en su artículo 2.1, indica que los Estados parte se comprometen a efectivizar progresivamente los derechos en el pacto reconocidos³⁸.

Lo propio hizo la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual se integró a la normatividad colombiana mediante la Ley 16 de 1972, “por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos ‘Pacto de San José de Costa Rica’, firmado el 22 de noviembre de 1969”³⁹, convención que, en su artículo 26, señala que los Estados parte adoptarán las providencias internas o las suscitadas mediante la cooperación internacional, a fin de lograr la efectividad progresiva de los derechos allí contemplados⁴⁰.

Por ser aplicables de forma inmediata en nuestro ordenamiento jurídico las anteriores disposiciones internacionales, las cuales ordenan que, para el caso en estudio, los derechos laborales se desarrollen de forma progresiva, es justo aterrizar estos conceptos en la situación a la que se exponen los servidores públicos con la consideración de lo interpretado por los órganos de cierre constitucional y contencioso administrativo, a fin de determinar si lo decidido sobre sus derechos pensionales se constituye como una política progresiva o, por el contrario, regresiva.

Los pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado con respecto al principio de progresividad de los derechos añaden que no solo se debe procurar el avance, sino su no regresividad, y tal como lo ha decantado la Corte Constitucional, cuando se alcanza un cierto nivel de protección el legislador no puede retroceder ante él sin que esto se configure como un caso constitucionalmente problemático⁴¹.

A su vez, el Consejo de Estado ha indicado al respecto que este principio debe guiar las decisiones que en materia de prestaciones sociales se adopten para procurar la protección de su mínimo vital⁴².

37 Véase Ley 74 de 1968. Por la cual se aprueban los “Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos”, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime. Diciembre 26 de 1968. DO 2682.

38 Cf. U. N. Asamblea General de las Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Res. 2200 A(xxi). (16 de diciembre de 1966).

39 Véase Ley 16 de 1972. Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Diciembre 30 de 1972. DO 33780.

40 Cf. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Corte Interamericana de Derechos Humanos. (22 de noviembre de 1969).

41 Véase Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-228/11. (M.P: Juan Carlos Henao Pérez: marzo 30 de 2011).

42 Véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. SENTENCIA 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), *supra*, nota 33.

Del cotejo de lo preceptuado, contra la situación actual de los servidores públicos se evidencia que lo dispuesto por los órganos de cierre de la jurisdicción constitucional y contencioso administrativa se constituye como un retroceso con respecto a los derechos pensionales de quienes son beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100, prerrogativa que se predica en la aplicación integral de la Ley 33. Pues, si bien la construcción del derecho pensional constituye una mera expectativa, sí es un derecho del trabajador el no sufrir una defraudación injustificada de sus expectativas legítimas, tal como de forma magnífica lo ha expresado este tribunal constitucional⁴³.

Es por esto que el principio de progresividad puede entenderse como "(...) uno de los límites al ejercicio de la potestad legislativa, aplicable en materia de seguridad social, toda vez que las medidas regresivas que disminuyan una protección alcanzada para un derecho social devienen en principio inconstitucionales"⁴⁴.

3. El principio de inescindibilidad de la ley

Antes de estudiar el principio, es necesario tener en cuenta que la palabra *escindir*, del latín *scindĕre*, en una de sus acepciones significa "cortar, dividir, separar"⁴⁵.

Efectivamente, la confianza puesta por los servidores públicos en que sus derechos pensionales se perfeccionarían mediante la aplicación de la Ley 33 sufrió un fuerte revés con la aparición del nuevo Régimen de Seguridad Social Integral de la Ley 100, pues enhorabuena permitió que algunos servidores que cumplieran determinados requisitos conservaran aquel régimen. Posteriormente, la interpretación de dicho régimen de transición en sede judicial procura una mayor pérdida de confianza de parte de los trabajadores que han entregado su fuerza laboral al desarrollo de las actividades del sector público, al contemplar parcialmente la aplicación de su régimen especial. Vale la pena recordar que las posiciones iniciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado eran defender con sendas argumentaciones principios como, por ejemplo, el de la inescindibilidad de la Ley, como bien se lee en el siguiente tenor:

El texto legal así escogido debe emplearse respetando el principio de inescindibilidad o conglobamiento, es decir, aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin

43

44 Véase Nestor Javier Calvo Chaves. *La modificación de los requisitos para acceder a la pensión en Colombia y su compatibilidad con el principio de progresividad y no regresividad de los derechos sociales*. VERBA IURIS 30. Julio-diciembre 2013. Págs. 95-114.

45 Véase Real Academia Española de la Lengua. (2019).

que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido⁴⁶.

De lo anterior se colige que, de la aplicación del principio de favorabilidad, subyace, no con menos valor, el de la inescindibilidad, satisfaciendo la necesidad de que la norma preferida se aplique como una unidad integral y no sufra un resquebrajamiento o mutilación. Por ende, "este principio genera la inescindibilidad o conglobamiento, es decir, no se puede extraer de cada norma lo favorable y armar un nuevo texto; solo se puede escoger una norma y aplicarla en su integridad"⁴⁷.

El principio de inescindibilidad tiene una función orientadora dentro del plano de las interpretaciones del ordenamiento jurídico que debe usarse como regla hermenéutica para la interpretación normativa, y aplicarse estas de manera integral con el objetivo de no crear una nueva norma⁴⁸.

Esta aplicación coetánea de los principios laborales, especialmente del de favorabilidad y del de inescindibilidad, debe emplearse al momento de estudiar las pensiones de los empleados públicos que aún se encuentran cobijados con las estipulaciones establecidas en la Ley 33 de 1985 y no aplicar la normatividad de forma fraccionada⁴⁹.

Se hace evidente, entonces, que para el caso de las pensiones de los servidores públicos se aplicó el régimen pensional de la Ley 33 a los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 mediante dos irradiaciones jurídicas distintas, ambas fundadas en el respeto de los tres criterios que el artículo 36 ampara en su transición. A este tenor, la primera conservó la edad, el tiempo de servicios y el monto de pensión, definido este último como la concurrencia de la tasa de reemplazo y promedio de lo devengado, que en la Ley 33 es el del último año, dando aplicación al principio de la inescindibilidad de la ley. La segunda difusión jurídica consideró el "monto de pensión" solo como un sinónimo de la tasa de reemplazo, o el porcentaje que en la Ley 33 es del 75%, de modo que redefinió su criterio con tal cautela que no podría fácilmente endilgarse como una escisión de la ley.

46 Cf. Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA T-832A/13, *supra*, nota 31.

47 Cf. Ricardo Barona Betancourt. *Principios del derecho laboral en el sistema Jurídico Colombiano*. CRITERIO JURÍDICO GARANTISTA 2(2). Enero-junio 2010. Pág. 253.

48 Cf. Lina Marcela Rendón Builes. *El régimen de seguridad social de los docentes de educación básica y media vocacional según el principio de inescindibilidad*. REVISTA CES DERECHO 1(1). 2010.

49 Cf. Luis Buitrago. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE EMPLEADORES Y TRABAJADORES, COMENTARIOS, JURISPRUDENCIA Y RÉGIMEN PRESTACIONAL DEL ISS. Jurídicas Wilches. (2004).

Sin embargo, concluye el inciso 2 del artículo 36 con una directriz que implica una vulneración al principio de inescindibilidad de la ley al disponer 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”⁵⁰.

4. La sostenibilidad financiera

La Constitución colombiana, con un claro cimiento antropocéntrico, se erigió no solo como un catálogo de derechos, deberes y garantías, sino de principios o lineamientos rectores que debían orientar las actuaciones del Estado para con sus administrados. Contiene, además, una serie de promesas sobre las cuales ordena que se establezcan sistemas que permitan cumplirlas. Al dirigirse directo al tema de interés, se estructura este título con la cita de la Carta Superior, la cual, en su artículo 48 señala que la seguridad social como servicio público obligatorio prestado bajo la tutela del Estado debe garantizar la efectivización de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad⁵¹.

De este apartado normativo se colige que el Estado toma la batuta de la seguridad social bajo los principios de la máxima optimización de los recursos, a fin de “que todos los habitantes del país disfruten de la seguridad social”⁵², y el principio del trabajo en conjunto para el logro de los derechos en seguridad social.

Dos incisos después, se hace la promesa que justificará la limitación de los derechos pensionales de algunos, en procura de mejorar la cobertura de la seguridad social. El idealista precepto, en el trasegar de su consecución, genera una carga presupuestal en hombros del Estado, de modo que socava otra disposición del mismo rango contenida en el artículo 334 original, en el que el Estado, ahora, asume la dirección general de la economía para “[...] racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades”⁵³.

La experiencia derivada de estos sucesos conllevó a que el primero de los citados artículos en este título fuera modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, para incluir, entre otras, la responsabilidad del Estado en la garantía de la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Así se elevó este concepto al nivel constitucional,

50 Véase Ley 100 de 1993, *supra*, nota 4, art. 9, inc. 2.

51 Cf. Constitución Política de Colombia [Const.]. 4 de julio de 1991. (Colombia).

52 Cf. Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-730/99. (M.P: Alejandro Martínez Caballero; octubre 1 de 1999).

53 Cf. Constitución Política de Colombia [Const.], *supra*, nota 50.

aunque limitado al componente pensional⁵⁴. De hecho, el artículo 1 de este acto legislativo adiciona una condición más para la conservación del régimen de transición: quienes no tengan cotizadas 750 semanas a la entrada en vigencia de este acto legislativo no podrán extender este beneficio de transición más allá del 31 de julio de 2010 y, en caso de reunir las semanas, se les mantendrá dicho régimen hasta el 2014⁵⁵.

Posteriormente, acontece el Acto Legislativo 03 de 2011, derivado de la medida y la prudencia que, en cuanto al aspecto económico, se impone al Estado si pretende que sus políticas sean sostenibles a largo plazo. En este sentido agrega al artículo 334 el concepto de la sostenibilidad financiera con un espíritu de tal amplitud que irradia sobre "el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano"⁵⁶.

En el 2011, el entonces presidente de la República, Juan Manuel Santos, manifestó que este acto legislativo en procura de lograr la sostenibilidad fiscal se formalizaba para maximizar la protección del bienestar común, sin comprometer financieramente al Estado más allá de sus posibilidades, ajustándose este nuevo criterio constitucional al principio de Estado social en el cual se proteja la estabilidad financiera del sistema⁵⁷.

Si bien, dentro de los textos integrados no precede a la sostenibilidad financiera el calificativo de "principio", el título del Acto Legislativo 03 de 2011 sí lo contiene: "Por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal"⁵⁸.

A través de las producciones doctrinantes, sobre el recién incorporado concepto de la sostenibilidad financiera del sistema pensional se afirmó que "[...] la sostenibilidad financiera del sistema pensional es a la vez una garantía y un principio constitucional del sistema pensional"⁵⁹, que el Estado, por su parte, responde por los recursos bajo

54 Cf. Acto Legislativo 01 de 2005. Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política. Julio 25 de 2005. DO 45980.

55 Cf. *Id.* Art. 1, parágrafo transitorio 4°.

56 Véase Acto Legislativo 03 de 2011. Por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal. Julio 1 de 2011. DO 48.117.

57 Cf. Universidad de los Andes. CONSTITUCIÓN DE 1991, 20 AÑOS LOGROS Y PENDIENTES. ENCUENTRO CON LA CONSTITUCIÓN, 20 AÑOS DE LOGROS Y PENDIENTES. Universidad de los Andes, Departamento de Ciencia Política, Facultad de Ciencias Sociales. (2011).

58 Véase Acto Legislativo 03 de 2011, *supra*, nota 55.

59 Véase Gerardo Arenas Monsalve. EL DERECHO COLOMBIANO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Legis Editores S. A. (2007). Pág. 160.

administración de las administradoras de fondos de pensiones, respecto a las cuales los aportes no integran su patrimonio⁶⁰.

En consecuencia, a fin de lograr el objetivo de la sostenibilidad en comento debe ajustarse el sistema y replantear las responsabilidades intergeneracionales para lograr el financiamiento esperado del sistema⁶¹, y, de esta manera, con los aportes que se reciben de los afiliados, más las partidas presupuestales que hace el Gobierno central conseguir el tan anhelado objetivo⁶².

También, sobre la inclusión amplia del concepto de sostenibilidad financiera que suscitó el Acto legislativo 03 de 2011, se ha señalado que, en procura de este objetivo estatal se han menguado las garantías constitucionales, lo cual se evidencia en la privatización de los servicios públicos y se desdibuja así la teoría política que señala que las autoridades públicas se crean para el servicio de la comunidad⁶³.

Por tanto, se puede considerar la sostenibilidad financiera un principio rector de todo el sistema que podría afectar, de forma considerable, los recursos para el goce efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, también se podría llegar a considerar que tenerlo como principio pretende garantizar este tipo de derechos en un futuro, en busca de que su demanda actual no acabe con el capital, de modo que en las generaciones futuras los puedan disfrutar. De esta manera, se puede concluir que dicha sostenibilidad financiera, más que un principio, es un criterio orientador del sistema pensional⁶⁴.

Lo propio hizo la Corte Constitucional al conocer una demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 03 de 2011, por considerar el actor que otorgar el carácter de principio al concepto de sostenibilidad financiera sería una sustitución de la constitución, e indica que en las modificaciones realizadas a la Carta no se catalogó como un principio, así el título de este acto legislativo lo exalte como tal, categorización que no se constituye en una disposición constitucional, más sí la define como un marco orientador de las actuaciones del Estado⁶⁵.

60 Cf. Juan Carlos Cortés González. *LA PROTECCIÓN SOCIAL COMO SERVICIO PÚBLICO*. Legis Editores. (2009).

61 *Id.*

62 Cf. Deisy Yanet Acevedo Surmay. *RÉGIMEN DE TRANSICIÓN VS. SOSTENIBILIDAD FINANCIERA COMENTARIOS A LA LEY ESTATUTARIA DE SALUD*. Grupo Editorial Ibáñez. (2015).

63 Cf. Rodolfo Arango. *El Estado social de derecho y la sostenibilidad fiscal: reforma a la justicia y derechos*. FORO 72. 2010.

64 Kamila Jaramillo Campo. *Tensión entre el principio de sostenibilidad financiera y el principio de la condición más beneficiosa en la pensión de sobrevivientes*. DIÁLOGOS DE DERECHO Y POLÍTICA 78. 2014.

65 Cf. Corte Constitucional de Colombia. *SENTENCIA C-228/12*(M.P: Luis Ernesto Vargas Silva: abril 18 de 2012).

Tan contundente es la declaración del fallador constitucional al respecto que, sobre la posibilidad de plantear un escenario de conflicto que tuviera que ser resuelto por ponderación, excluye a la sostenibilidad financiera al indicar que se considera esta una herramienta orientadora, sin redefinir los objetivos que como Estado social de derecho están previamente determinados en la Constitución, por lo cual no puede plantearse un conflicto normativo entre la sostenibilidad fiscal y los principios fundamentales del Estado social de derecho, “pues están en planos jerárquicos marcadamente diferenciados”⁶⁶.

Ahora bien, resulta necesario analizar si la configuración de la sostenibilidad financiera trasgrede derechos fundamentales. De lo anterior se puede colegir que, de considerarse como principio, aquella podría, eventualmente, sobreponerse a derechos fundamentales como, por ejemplo, los derechos pensionales. Sin embargo, con apego a lo dispuesto por la encargada de la salvaguarda de la Constitución, no sería posible que esto sucediera, concepto que se ratifica con lo dispuesto en el párrafo del artículo 1 del Acto Legislativo 03 de 2011, modificatorio del artículo 334 superior: “Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”⁶⁷.

Queda claro que a la sostenibilidad financiera, al carecer de facultades equiparables a las de los derechos fundamentales, no se le puede endilgar naturaleza jurídica de principio. Por tanto, el riesgo del sistema pensional de depender de la —a veces— impredecible economía no puede justificar el menoscabo de los derechos pensionales de los servidores públicos cobijados con el régimen de transición, ya que “más allá de desconocer el criterio de sostenibilidad fiscal o la regla fiscal es necesario que existan instituciones que permitan el funcionamiento del Estado colombiano”⁶⁸; más aún, cuando un aspecto coincidente entre los artículos 48 y 334, es la propia proclamación de la toma de las riendas por parte del Estado. Esta atribución constitucional debería encaminarse al desarrollo de políticas de inversión de los recursos obtenidos de los aportes a la seguridad social en pensión y no al detrimento de los beneficios pensionales, máxime en el caso de los servidores públicos, que como ya se indicó, han entregado su fuerza laboral en busca del cumplimiento de los fines del Estado.

66 *Id.*

67 Véase Acto Legislativo 03 de 2011, *supra*, nota 55.

68 Francisco Barbosa Delgado. La sostenibilidad fiscal: desafío al Estado social de derecho en Colombia. REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 33. Julio-diciembre 2014. Pág. 1-23.

5. La solidaridad

La solidaridad pensional logra un efecto minorado respecto de la concepción paternalista del Estado para con las personas y la comunidad en general, pues pretende que la estabilidad del sistema pensional recaiga sobre el atlas de sus beneficiados. Así, todos soportan en razón a sus capacidades, en busca de asistir a sus integrantes menos favorecidos. Esta solidaridad materializa el derecho a la seguridad social, en el que el equilibrio de su balanza yace sobre sus afiliados y sus aportes, siempre que el Estado mantenga el control, la coordinación y la dirección del sistema, tal y como se contempla en el artículo 48 superior, el cual eleva al rango constitucional el servicio público obligatorio de la seguridad social⁶⁹.

La problemática expuesta en este trabajo sobre el promedio de lo devengado por los servidores públicos para el cálculo de su mesada es un fenómeno propio del régimen de prima media con prestación definida, administrada antes del 2011 por el extinto Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ISS) y, posteriormente, por "Colpensiones".

Bajo esta misma línea, en la Sentencia C-258 de 2013 la Corte Constitucional también arguyó la vulneración del principio constitucional de solidaridad, pues consideró que con la aplicación del IBL del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, se permitía que "los recursos de la seguridad social no se destinen con prelación a los sectores más pobres y vulnerables, sino a personas con altos ingresos, cuyas cotizaciones carecen de una relación de correspondencia con el monto de la pensión que les fue reconocida"⁷⁰.

Es importante anotar que este principio fue acogido como parte de los argumentos para reducir los factores del IBL a las pensiones de altos mandatarios de la función pública, lo que se considera trasgresor de la referida solidaridad. Sin embargo, esta no es la misma situación de los demás servidores públicos cuyos salarios no son equiparables a los de los altos mandatarios (congresistas, magistrados y otros altos funcionarios). Muy por el contrario, el principio de solidaridad, en algunos casos, debería servir de argumento a favor de la defensa de los derechos de los trabajadores que, a pesar de haber servido al Estado y contar con un régimen especial, se ven afectados económicamente con la interpretación modificatoria regresiva que se hace a su IBL.

Estas variaciones hermenéuticas, en aras de desarrollar el principio de universalidad mediante la ampliación al mayor número de habitantes de la cobertura del

69 Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-529/10. (M.P: Mauricio González Cuervo: 23 de junio de 2010).

70 Véase Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-258/13. (M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; mayo 7 de 2013). Párr. 4.3.5.3.

sistema general de pensiones, no pueden realizarse sin una correcta ponderación de los derechos de los servidores afectados para cada situación, puesto que no es lo mismo adquirir una pensión con abuso del derecho o fraude a la ley —que, como menciona la Corte, desborda los límites que le impone el principio de solidaridad del sistema de seguridad social y ponen riesgo a los demás afiliados del sistema⁷¹, cuando se está frente a uno de los siguientes eventos: “(i) la ventaja irrazonable, fundada en una vinculación precaria del beneficiario de la pensión; y (ii) el incremento excesivo de la mesada pensional derivada de la sentencia atacada⁷²— a calcular la mesada de los servidores públicos que no se encuentran dentro de la categorización de altos funcionarios, con los factores salariales devengados en el último año de servicios, después de haber sido obtenidos con su constante esfuerzo.

Resáltese lo anterior, en el entendido de que el régimen de prima media se basa en la solidaridad de sus afiliados, aún más que en el régimen de ahorro individual, ya que con el aporte de aquellos a un fondo común que se incrementa según la rentabilidad neta de las inversiones menos el costo de administración, se pagan los beneficios a quienes cumplen los requisitos para la pensión. El sostenimiento del fondo del régimen de prima media depende del número y de la edad de los afiliados, del valor de los aportes, de la rentabilidad de las inversiones, del costo de administración, del número de pensionados y de los beneficios asignados⁷³.

El derribe de privilegios que sufrieron los servidores públicos obedece al desmonte de la cultura de la insolidaridad o de la solidaridad inversa, de parte de quienes tienen menos recursos que van hacia el cubrimiento de las pensiones de aquellos que tienen o han tenido mayores posibilidades y recursos, pero que, por motivos de los cálculos pensionales, en ocasiones no han aportado durante toda su vida una suma equitativa al monto del total de sus mesadas, por aumentar sus aportes durante el último año de servicios⁷⁴. De este modo, este principio se convierte en un contrapeso a las expectativas legítimas de dicho servidores.

71 Véase Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA SU-631/17. (M.P: Gloria Stella Ortiz; octubre 12 de 2017).

72 Véase Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA SU-114/18. (M.P: Alberto Rojas Ríos; noviembre 8 de 2018). Num.5, párr. 2.

73 Cf. Ricardo Bonilla González. *Pensiones: en busca de la equidad*. CUADERNOS DE ECONOMÍA 20(34). Junio 2001. Pág. 306-335.

74 Cf. Leonardo Cañón Ortégón. La solidaridad como fundamento del Estado social de derecho, de la seguridad social y la protección social en Colombia. PÁGINAS DE SEGURIDAD SOCIAL 2017. Págs. 5-29.

B. Estudio de jurisprudencial

Ahora bien, resulta necesario ahondar en el estudio de la jurisprudencia con el fin de revisar la forma en que las altas cortes han abordado la problemática. Para ello, se seleccionaron las decisiones más relevantes, es decir, aquellas que de forma repetida mencionan otras sentencias, como parte de los fundamentos jurídicos de la decisión, proferidas tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado, en relación con la determinación del IBL de los servidores públicos cobijados por el régimen de transición. Del estudio jurisprudencial se dedujeron dos posturas interpretativas.

1. Postura a favor de la aplicación integral del régimen especial

La Corte Constitucional, en la decisión T-631 de 2002, aplica el principio de inescindibilidad de la ley, al considerar que la edad de pensión, el tiempo de servicios y el monto de la pensión hacen parte de un todo. Además, aclara que el monto de la pensión corresponde a la tasa de reemplazo y al ingreso base de liquidación como parámetros independientes, pero inescindibles, ya que “son dos componentes inseparables que condicionan el importe de una pensión. El monto de la pensión se calcula sobre una base y de allí se saca un porcentaje. No se puede entender el uno sin el otro”⁷⁵.

La base de la que trata la anterior cita hace referencia a la base regulatoria que ya conocemos como IBL, “pero, tratándose de regímenes especiales, se tendrá en cuenta la base reguladora y el porcentaje que señalen específicamente tales regímenes”⁷⁶. Tan claro es el argumento expuesto que no se podría contemplar el porcentaje o su tasa de reemplazo de un régimen y el IBL de otro, excepto si se cumple la condición contemplada en la Ley 100, es decir, si el régimen especial, en este caso la Ley 33 de 1985, hubiere omitido pronunciarse sobre tal porcentaje, supuesto que no sucedió.

Hasta antes del 7 de mayo de 2013, la corporación proclamaba favorablemente sobre la conservación integral del régimen pensional de los servidores públicos de la Ley 33 de 1985, mediante una línea jurisprudencial demarcada sobre la expresión contenida en el artículo 36 de la Ley 100: “[...] el monto de la pensión de vejez [...]”, es conformado por una base, que en términos de la Ley 33 de 1985 corresponde al promedio de lo devengado por el servidor público en el último año de servicio, y un porcentaje que corresponde a la tasa de reemplazo de la misma ley del 75%; por tanto, el beneficio del régimen de transición protege el monto en su integridad, por lo que “las entidades tienen la obligación de aplicar las anteriores reglas de forma integral,

⁷⁵ Cf. Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA T-631/02. (M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra; agosto 8 de 2002). Num. 20.

⁷⁶ *Id.* Num. 20, párr. 5.

es decir, al operador jurídico no le es posible aplicar de forma fragmentada las reglas del régimen especial⁷⁷.

La entidad señalaba que, en aras de proteger los principios de favorabilidad y progresividad, en el momento de calcular las mesadas pensionales debía considerarse la base y el porcentaje como componentes inseparables y, en este sentido, "[...] no puede haber exclusión de beneficios en el caso de regímenes especiales porque si la norma señala varios aspectos beneficiosos, no se puede decir que unos se aplican y otros no. Tal proceder afecta el carácter inescindible de las normas"⁷⁸. En la misma línea, en el numeral 7 de la referida sentencia, indicó 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".

Posteriormente, en sentencia de constitucionalidad respecto al principio de favorabilidad que debe ser la guía en la aplicación de la transición pensional, señaló: "La favorabilidad opera, entonces, no solo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones"⁷⁹.

Adicionalmente, en sentencia del 2011 respecto al sistema de transición, indicó que este, en consideración al principio de favorabilidad, debe entenderse como "el respeto de derechos que están consolidados o próximos a consolidarse, los cuales se verían extinguidos al entrar en vigencia la nueva ley, de no preverse su protección mediante un régimen transitorio contemplado en la regulación"⁸⁰.

Lo esbozado da cuenta de la posición adoptada por la Corte Constitucional con respecto a la aplicación integral del régimen especial contemplado en la Ley 33, en virtud del beneficio de transición que contempló la Ley 100 con ocasión del tránsito legislativo acaecido para los trabajadores próximos a adquirir la pensión de vejez, antes de la Sentencia c-258 de 2013.

Valga precisar que este criterio también lo trazó el Consejo de Estado al indicar en sus decisiones que el Régimen de Transición establece que las personas beneficiarias, y a quienes se aplica la Ley 33 de 1985, conlleva a que el monto

77 Cf. Corte Constitucional de Colombia. AUTO 144/12. (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; junio 21 de 2012).

78 Cf. Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA T-169/03. (M.P.: Jaime Araujo Rentería; febrero 27 de 2003). Num. 6, párr. 7.

79 Cf. Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-177/05. (M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa; marzo 1 de 2005). Num. 17, párr. 2.

80 Véase Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA T-013/11. (M.P.: Juan Carlos Henao; enero 14 de 2011). Num. 21, párr. 1.

pensional se calcula con todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, aunque sobre ellos, o alguno de ellos, no haya mención taxativa en la norma⁸¹.

En aras de afianzar dicha posición, el Consejo de Estado unificó de nuevo su jurisprudencia, e indicó que el monto de la pensión es el establecido en la legislación anterior, en el entendido que hace referencia al porcentaje de la pensión e IBL del este⁸².

Es así como la Sección Segunda de dicha corporación judicial destacó especialmente su contraposición, con ingentes argumentos en favor de la aplicación del régimen de la Ley 33 en su integridad. Además, señala que la interpretación de monto debe entenderse como unidad conceptual integrada por la tasa de remplazo y el IBL, de manera que se evita la fusión de regímenes.

Adicionalmente, fundamenta su posición en que la Corte Constitucional, al realizar el estudio de constitucionalidad plasmado en la Sentencia C-258 de 2013, no pretendió ampliar los efectos a servidores públicos no contemplados en la Ley 4 de 1992, es decir, a los congresistas y altos funcionarios, y para esto recordó el argumento de ese órgano de cierre, el cual estableció que cada régimen, por su justificación y racionalidad, debe estudiarse en el momento de decidir. Lo anterior evidencia que se aparta así del precedente de la Corte Constitucional y sienta fehacientemente su propia jurisprudencia⁸³.

Como parte de su criterio argumentativo, la corporación contencioso administrativa señala que cuando existe cambio de jurisprudencia de un derecho pensional deben respetarse las expectativas de las personas próximas a adquirir el derecho o "prepensionados", y debe darse al principio de progresividad, o de lo contrario, "[...] se estarían alterando relaciones jurídicas de contenido pensional, en detrimento del trabajador, sin que las razones que motivaron el cambio jurisprudencial se fundamenten en principios constitucionales de mayor valor"⁸⁴.

Respecto a la aplicación del régimen de transición de manera unitaria, el Consejo de Estado indicó: "[...] es inescindible, contempla beneficios que no pueden

81 Véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. SENTENCIA 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), *supra*, nota 33.

82 Cf. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. SENTENCIA 25000-23-42-000-2013-01541-01(4683-13). (C.P.: Gerardo Arenas Monsalve; febrero 25 de 2016).

83 Cf. Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-258/13. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; mayo 7 de 2013).

84 Véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. EXP. 11001-03-15-000-2016-00038-01(AC). (C.P.: Hugo Fernando Bastidas; septiembre 26 de 2016). Num. 3, párr. 7.

ser desconocidos por ninguna autoridad y no se puede aplicar por partes sino en toda su extensión, so pena de crear un régimen híbrido y atípico⁸⁵.

Así, reiteró que el régimen de transición comprende edad, tiempo de servicio y monto, y que deben ser los principios de favorabilidad y progresividad los que predominan al momento de aplicar el régimen de transición y no otros criterios, por lo cual en el numeral 4, literal 2, señaló:

[...] el principio de "sostenibilidad fiscal" no puede ser invocado o aplicado para desconocer expectativas legítimas y, aún, como en este caso, derechos adquiridos bajo el imperio de una ley anterior, menos aun cuando la propia Corte Constitucional, en coincidencia con el Consejo de Estado, reiteradamente se había pronunciado en el sentido de que la aplicación de régimen de transición de la Ley 100 de 1993⁸⁶.

En reciente pronunciamiento, el Consejo de Estado indicó que en virtud del principio de inescindibilidad de la ley, debe aplicar el régimen de transición de manera integral, es decir, al acatar las disposiciones del régimen especial anterior⁸⁷, se deja así sentado el criterio interpretativo que sobre la aplicación integral del régimen de transición sostuvo por más de 20 años dicha corporación.

2. Postura a favor de la aplicación del régimen de transición

Pese a los reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto a la aplicación del régimen de transición, este órgano de cierre modifica someramente su postura y, mediante la Sentencia su-230 de 2015, acoge el criterio esbozado previamente en la sentencia c-258 de 2013, la cual realiza el estudio de constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, para concluir que en procura de lograr aplicar los principios de universalidad, igualdad y solidaridad, y alcanzar la sostenibilidad fiscal del sistema de seguridad social, el IBL aplicable al momento de calcular la pensión de los congresistas es el que se establece en la Ley 100 de 1993.

85 Véase Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Segunda. EXP. 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13). (c.p.: Gabriel Valbuena Hernández; noviembre 24 de 2016). Num. 3, literal vi.

86 *Id.*

87 Cf. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Exp. 11001-03-15-000-2018-02003-00(AC). (c.p.: Carlos Enrique Moreno Rubio; julio 12 de 2018).

Respecto a este cambio jurisprudencial, en pronunciamiento del 2017, indicó:

[...] en los pronunciamientos previos a la Sentencia c-258 de 2013, relativos al régimen de transición, no se había fijado el criterio de interpretación constitucional sobre el ingreso base de liquidación, razón por la cual, se entendía que estaba permitida la interpretación que, a la luz de la Constitución y en aplicación de las normas legales vigentes, acogiera cualquiera de las Salas de Revisión en forma razonada y justificada sobre el tema⁸⁸.

Bajo esta perspectiva, en la Sentencia SU-230 de 2015 se señala que la providencia c-258 de 2013 fijó los parámetros interpretativos respecto al IBL aplicable para el reconocimiento pensional de los regímenes especiales y se acoge la tesis según la cual, “[...] tal como ocurre con el tema de factores, la regla que se viene aplicando de Ingreso Base de Liquidación conduce a la concesión de beneficios manifiestamente desproporcionados, con desconocimiento de los principios de solidaridad e igualdad”⁸⁹.

En relación con los parámetros interpretativos esbozados en la Sentencia c-258 de 2013, la Corte Constitucional manifestó:

Es importante destacar que el parámetro de interpretación fijado por la Corte en la materia, a pesar de que no se encuentra situado de forma expresa en la parte resolutive de dicha providencia, fundamenta la *ratio decidendi* que dio lugar a una de las decisiones adoptadas en la Sentencia c-258 de 2013 y, por lo tanto, constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio⁹⁰.

Así, con respecto a la interpretación que debe dársele a la integralidad del régimen de transición como mecanismo de protección frente a las expectativas de la personas afectadas con el cambio legislativo, señaló esa Corporación:

88 Véase Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA SU-210 /17. (M.P: José Antonio Cepeda Amarís; abril 4 de 2017). Num 4, literal a, párr. 17.

89 Véase Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA SU-230/15. (M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; abril 29 de 2015). Num. 2.6.2, literal I, párr.6.

90 Véase Corte Constitucional de Colombia. AUTO 326/14. (M.P: Maurucio González Cuervo; octubre 16 de 2014). Num. 3.2.2.5.

Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación⁹¹.

Posteriormente, ratifica su posición al indicar: “[...] el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho”⁹².

Finalmente, al emitir un pronunciamiento de unificación que refute los argumentos del Consejo de Estado, especialmente los de la sección segunda respecto a la aplicación integral de los regímenes, la Corte indicó que dar aplicación a lo reglamentado por el numeral 3 de la Ley 100 no implica indefectiblemente el desconocimiento del principio de inescindibilidad, y señala que este puede atenuarse, puesto que es facultativo del legislador “[...] determinar la forma en la que se debe aplicar una disposición, como, de manera expresa, lo hizo en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993”, [...] toda vez que el legislador excluyó del régimen de transición lo relacionado con el IBL⁹³.

Tal y como se observa, se crea de esta manera una línea a favor de los principios de solidaridad, universalidad e igualdad, con el objetivo de asegurar la estabilidad financiera del sistema de seguridad social implementado con la expedición de la Ley 100 de 1993.

En consonancia con esta postura, el Consejo de Estado, mediante el estudio del expediente n.º 00143-01(IJ) del 28 de agosto del 2018, con ponencia del magistrado César Palomino Cortés, sorpresivamente establece una regla en la que indica que el IBL del régimen de transición de la Ley 100 es el aplicable a los servidores públicos, de modo que desarticula el concepto de “monto” expuesto por ellos mismos, y fija dos subreglas para su aplicación: la primera indica que el cálculo del IBL se aplicará con respecto al promedio de lo devengado en los últimos diez años de servicio de los servidores públicos tal como lo establece la Ley 100; y la segunda, en el entendido de utilizar únicamente para calcular el IBL, los factores sobre los cuales se hayan efectuado las cotizaciones al sistema pensional⁹⁴.

91 Véase Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA SU-427/16. (M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez; agosto 11 de 2016). Num. 6.15.

92 *Id.* Num. 6.11.

93 Cf. Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA SU-023/18. (M.P: Carlos Bernal Pulido; abril 5 de 2018). Num. 95.

94 Cf. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. SENTENCIA 00143-01/18, *supra*, nota 8.

Es pertinente señalar que el Consejo de Estado hace un recuento de los principios analizados por las corporaciones de cierre constitucional y ordinaria, en lo relativo a que se busca con esta merma de derechos la protección del sistema de seguridad social colombiano con base en los principios de solidaridad, universalidad e igualdad, y se acoge a estos postulados sin mayor reflexión.

Recientemente, el Consejo de Estado ha defendido la aplicación de la postura de la Corte Constitucional como parte del respeto del precedente en lo contencioso-administrativo, en los siguientes términos:

En conclusión, la autoridad judicial accionada no incurrió en defecto sustantivo por desconocimiento del precedente jurisprudencial, toda vez que si bien se apoyó en una sentencia de unificación de la Corte Constitucional, para interpretar el alcance del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en materia de ingreso base de liquidación, aplicó la referida disposición de manera coherente con la interpretación fijada por el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, que constituye, por virtud de los efectos retrospectivos de dicho fallo, la sentencia que fija el alcance que se debe dar a la norma aplicable en este caso concreto⁹⁵.

VI. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Del contraste entre lo visto en el examen entre los principios constitucionales y el estudio de la jurisprudencia sobre el tema, se constatan los vacíos en el razonamiento judicial, especialmente en relación con la clara determinación de prelación entre los derechos e intereses en conflicto. De allí que sea pertinente considerar que, una técnica judicial que podría emplearse para resolver el conflicto a futuro sería el uso del principio de proporcionalidad, especialmente en lo concerniente a la proporcionalidad *stricto sensu*. A continuación, presentaremos algunas réplicas a la unificación jurisprudencial en comentario.

En el ordenamiento jurídico interno encontramos que el artículo 230 superior contempla como fuentes disponibles en la actividad judicial, en cuanto criterios

95 Véase Consejo de Estado, Sección primera. EXP. 11001-03-15-000-2019-00824-01(AC). (C.P.: Roberto Augusto Serrato Valdés; mayo 9 de 2019).

auxiliares, “la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina”⁹⁶.

No obstante la indicación devenida de la Constitución acerca del carácter auxiliar de la jurisprudencia, desde sus inicios la Corte Constitucional le ha impartido un alcance superior a esta, al indicar que los cambios acaecidos en la sociedad han desbordado los postulados generales y abstractos de las leyes, haciendo que sea la jurisprudencia la que supla esta deficiencia⁹⁷.

Es por esto que la jurisprudencia como fuente del derecho, tanto formal como material, se emplea no solo para fundamentar las decisiones judiciales, sino que, dado su poder vinculante, tiene efectos sobre decisiones en las relaciones de los particulares y entre estos y la administración⁹⁸.

El desarrollo jurisprudencial dado históricamente con respecto al régimen de transición no había generado ningún inconveniente, puesto que las posiciones de los órganos de cierre (Corte Constitucional y Consejo de Estado) habían dado por muchos años aplicación integral de la Ley 33 de 1985 a los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100. Tales posiciones, al sufrir semejante viro sustancial e involucionar en lo que a garantías de los derechos laborales se refiere, generan una segunda interpretación acerca de los criterios que son parte del régimen de transición, y señalan que hacían parte de los beneficios de este régimen la edad para acceder a la pensión, el tiempo de semanas cotizadas y el monto de la pensión, pero en el entendido en que el monto solo hace referencia al porcentaje de la pensión, dejando por fuera el IBL. Fue la Corte Constitucional la primera de las dos cortes estudiadas en dar este giro radical.

Sorpresivamente, a partir de la expedición de la Sentencia c-258 del 2013, el Tribunal Constitucional modifica su posición, a fin de excluir del beneficio del régimen de transición de la Ley 100 el IBL, de modo que conservaba solo el porcentaje de reemplazo, es decir, el cálculo de la mesada de los servidores públicos correspondía al 75% del promedio de lo devengado en los últimos diez años de servicio y no en el último año de servicio, como otrora se había decantado.

96 Cf. Constitución Política de Colombia [Const.], *supra*, nota 50, art. 230, inciso 2.

97 Cf. Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA T-406/92. (M.P. Ciro Angarita Pabón; junio 5 de 1992).

98 Cf. Jaime Orlando Santofimio. LA FUERZA DE LOS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS EN EL SISTEMA JURÍDICO DEL DERECHO POSITIVO COLOMBIANO. Universidad Externado de Colombia. (2010).

La sentencia en comento germinó del análisis de constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, en el que se lee:

El Gobierno nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los representantes y senadores. Aquéllas y estas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el congresista. Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal.⁹⁹

La Corte Constitucional preceptuó que no era posible conservar lo dispuesto en el régimen pensional de los congresistas, con respecto al tiempo a tener en cuenta para realizar el cálculo de las mesadas pensionales como beneficio del régimen de transición de la Ley 100, puesto que en su artículo 36 no expresaba que tuviere que conservarse el IBL. En resumen, del artículo atacado subsistió el promedio establecido para el cálculo de la mesada pensional de los congresistas, pero ahora, al aplicar al IBL de la Ley 100, lo cual de manera flagrante escinde la aplicación de la norma examinada en evidente vulneración de este derecho subjetivo de índole pensional.

Esta corporación, al conocer en la Sentencia C-258 de 2013 un reproche sobre lo dispuesto en el régimen pensional de los congresistas, advirtió en su parte motiva que esta acción tiene un carácter rogado, por lo cual no podía extender su análisis a otros regímenes pensionales por cuanto cada régimen cuenta con una filosofía, una naturaleza y unas características específicas, lo que amerita un análisis diferente¹⁰⁰.

A pesar de la existencia de estas aclaraciones, y el mencionado carácter rogado de la acción pública de inconstitucionalidad, la corporación excede su competencia como guardiana de la Carta al extender los efectos resultantes del análisis de la norma en comento a todos los servidores públicos que se encuentran cobijados por el régimen de transición.

Es decir, en el pronunciamiento emitido por la Corte Constitucional se instituyeron algunas limitaciones que excluyen determinados factores salariales de todos los servidores públicos por no ser considerados por esta corporación como integrantes del ingreso base de liquidación al momento de determinar el monto pensional, que habían sido conservados en virtud del régimen de transición establecido en la Ley

99 Véase Ley 4 de 1992. Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública. Mayo 18 de 1992. DO 40451.

100 Véase Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-258/13, *supra*, nota 68.

100 de 1993. Resulta evidente que este cuerpo colegiado deviene sin fundamentación suficiente en una confusión entre las administradoras de pensiones, los afiliados, la administración y las cortes, todos enfrentados y con posiciones opuestas en cuanto al alcance, la aplicación y los destinatarios de la Sentencia c-258 de 2013, puesto que en el numeral tercero de su parte resolutive indicó: "Declarar EXEQUIBLES las restantes expresiones del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, relativas al régimen pensional de los congresistas y de los demás servidores públicos a quienes les resulte aplicable"¹⁰¹.

Para hacer más gravosa la infundada postura hermenéutica, reforzó su posición en la Sentencia su-230 de 2015, mediante la cual argumenta el porqué del alcance de la Sentencia c-258 de 2013, con lo cual sentó una nueva línea jurisprudencial basada en un argumento exiguo, y restó así importancia a sus bastos y previos criterios sobre la aplicación del beneficio del régimen de transición de la Ley 100 respecto al monto contemplado en la Ley 33, para alegar que antes de la c-258 no había realizado el análisis en sede de constitucionalidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que pese a existir un precedente reiterado en cuanto a la aplicación integral del régimen pensional determina arbitrariamente que el IBL no es un elemento integrante del régimen de transición¹⁰².

Ahora bien, en relación con el cambio de posición del Consejo de Estado plasmado en la sentencia su 114 de agosto de 2018, esta corporación realizó un recuento de las posiciones adoptadas por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, las cuales establecen que el IBL aplicable para realizar el cálculo de las pensiones es el contemplado en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100, en procura de lograr la sostenibilidad financiera del sistema y en aplicación de principios tales como la solidaridad y la universalidad.

En dicho pronunciamiento confluye también esta corporación en el superfluo análisis del espíritu de la Ley 100 al indicar que el legislador, en desarrollo de su libertad de configuración, fijó un IBL aplicable al momento de calcular las pensiones en aplicación de los principios de solidaridad, universalidad y eficiencia, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones y, por consiguiente, es su deber acatar tal directriz, más aún si con ello se ve afianzada la seguridad jurídica que deben profesar las decisiones judiciales.

Por tanto, cambia su postura y advierte que para todos los casos pendientes de decisión debe emplearse la regla en la cual se tiene como elemento integrante de régimen de transición el IBL establecido en la Ley 100, y fija, como primera subregla, que el periodo para liquidar la pensión es el establecido en la Ley 100, sin

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² Véase Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA SU-230/15, *supra*, nota 88.

más argumentación que la de estar prevista en esta. En el mismo sentido, fija como segunda subregla que los factores salariales que se incluirán en el cálculo del IBL de la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son aquellos sobre los que se hayan hecho las cotizaciones al sistema de pensiones, en aplicación del artículo 1 y el artículo 48 de la Constitución, es decir, a partir de los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad para lograr la cobertura de la seguridad social y propender a la sostenibilidad del sistema pensional.

No obstante las razones expuestas para el cambio jurisprudencial, brilla por su ausencia la debida ponderación entre los derechos pensionales en cuanto derechos subjetivos de índole fundamental, y la protección del sistema de seguridad social como aspecto crucial en la merma de derechos a la cual se someten los servidores públicos que aún se encontraban pendientes de obtener la decisión de su situación pensional. Asimismo, no se observa la realización del test de proporcionalidad indispensable a la hora de sopesar principios constitucionales afectados tales como la favorabilidad, la inescindibilidad y la progresividad, contra la anhelada sostenibilidad fiscal, a fin de lograr la disminución de los beneficios de los servidores públicos y no un cambio o aplicación de políticas estatales.

Por consiguiente, son varios vacíos que se avizoran con este cambio de posición adoptado por el Consejo de Estado, con lo cual se encontraron dos situaciones que pueden presentarse y no encuentran una solución expresa en las subreglas establecidas por la citada sentencia de unificación del Consejo de Estado de 2018. El primero, el caso de aquellos pensionados con prestaciones mal liquidadas, a quienes la entidad que les otorgó la respectiva pensión fue la misma en la que laboraron, razón por la que no podrían cumplir con la subregla, según la cual "los factores salariales, que se deben incluir en el IBL, son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al sistema de pensiones"; por tanto, se configura un vacío sobre el derecho que les asiste a una reliquidación pensional. El segundo, el caso de los servidores públicos con cargos asistenciales, cuyo salario del último año de servicios fuera notablemente superior con relación a aquel de los nueve años anteriores, y que atraviesen dificultades de salud que implican la asunción de costos económicos importantes. Estas circunstancias del caso concreto, como muchas otras que eventualmente puedan presentarse, deberían ser tenidas en cuenta para la aplicación de la subregla consistente en que "el IBL está integrado por los factores sobre los cuales se realizaron aportes efectivos durante los últimos diez años laborados".

Se considera que, en virtud de las diferentes circunstancias que se pueden presentar en un determinado caso concreto y superan lo establecido en la reciente unificación jurisprudencial, y teniendo en cuenta que el juez puede apartarse de una

sentencia de unificación siempre que justifique de manera suficiente y coherente las razones de su separación, la discrecionalidad judicial podría legitimarse con el uso del test de proporcionalidad. Es decir, cada vez que el juez administrativo deba estudiar el IBL para estos casos, bien sea para la liquidación de la pensión de vejez de los servidores públicos cobijados por el régimen de transición, o bien para su reliquidación, debería hacer uso del principio de proporcionalidad con el fin de determinar si en el caso concreto prevalecen los derechos de los pensionados y, por tanto, se mantiene el régimen especial, o bien se acoge el criterio de unificación jurisprudencial que limita el IBL a las reglas del régimen de transición y a las subreglas fijadas en las sentencias de unificación.

Esta proporcionalidad debe entenderse como la esperada aplicación de los principios, las garantías, los derechos y los deberes en todas las decisiones del operador jurídico en busca de su equilibrio, y como una “[...] barrera a la imposición de limitantes a los derechos fundamentales y en una garantía de su efectividad”¹⁰³. Asimismo, si se tiene en cuenta una ponderación que “[...] equivale aquí a sopesar o valorar criterios que demandan acciones diferentes, a medir el peso de razones opuestas mediante su colocación en los platillos de una balanza”¹⁰⁴.

VII. CONCLUSIONES

La presente investigación permitió analizar el cambio sufrido en el sistema pensional de los servidores públicos que se regían bajo los preceptos de la Ley 33 de 1985, el cual se suscitó con la expedición de la Ley 100 de 1993, puesto que esta trajo consigo modificaciones sustanciales que menguaron los beneficios que al momento del retiro de su actividad pretendían obtener estos empleados (lo anterior no solo bajo la perspectiva legislativa sino jurisprudencial).

El estudio del tema permitió llegar a una primera constatación: el análisis de las reglas con base en las cuales debe interpretarse el IBL de las pensiones de vejez de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición pareciera un tema propiamente técnico, relacionado con cálculos y reglas específicas. Sin embargo, tiene consecuencias jurídicas en el ámbito constitucional, pues irradia en la limitación, o no, de principios, criterios y derechos constitucionales.

103 Véase Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-144/15. (M.P: Martha Victoria Chica; abril 6 de 2015).

104 Cf. Luis Arroyo Jiménez. *Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo*. INDRET. 2009. Págs. 1-32.

El cambio legislativo acaecido con la Ley 100 de 1993, indudablemente trajo desmejoras económicas para los empleados públicos que después de la vigencia de la Ley 100 configuraran su pensión, puesto que existe la tendencia del sostenimiento financiero del sistema pensional, con ocasión de medidas regresivas de los derechos laborales.

Bajo este entendido, un concepto bien desarrollado del derecho subjetivo¹⁰⁵ a la seguridad social pensional como derecho social fundamental de índole prestacional exige un análisis amplio. Su calidad de posición normativa del sujeto comporta razones válidas y suficientes, y que en caso de un reconomio injustificado, a la luz de la nueva tendencia regresiva analizada en las corporaciones judiciales mencionadas, ocasiona un daño inminente a su titular. Al respecto, los criterios de validez de las razones para justificar dicha posición normativa se desprende de su robusta argumentación que, como quedó claramente decantado, no corresponde a giro jurisprudencial dado por los cuerpos colegiados analizados en este escenario concreto. Resulta esencial señalar que, en el caso de prestaciones pensionales como asunto iusfundamental, la importancia del bien jurídico no resulta un asunto baladí por las consecuencias adversas que la aplicación escindida y regresiva del IBL en la nueva postura jurisprudencial genera en su titular, que en esencia debe resolverse a la luz de una ponderación de principios en la cual el efecto irradiador del derecho fundamental se sobrepone hacia su goce efectivo.

Por ende, mal hacen las corporaciones de cierre constitucional y contencioso administrativo al aplicar este concepto como base de su cambio de posición respecto a la aplicación integral del régimen pensional de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición, pretendiendo que con disminuir el valor de las mesadas pensionales de los —no muchos— servidores que aún conservaban este régimen se soporte el sistema pensional.

Además, con la aplicación de estas medidas regresivas se afectan principios de rango constitucional tales como la favorabilidad (que hace referencia a la posibilidad que en un caso determinado se aplique la ley que más benefica), la progresividad analizada como restricción dada al legislador para que, una vez alcanzados ciertos derechos, no le sea desmejorada su situación, y la inescindibilidad (entendida como precepto que implica aplicar en su integridad una norma), aspectos que al realizar una ponderación resultarían avantes en razón a su trascendencia.

Por tanto, este tema objeto de tantos pronunciamientos jurisprudenciales no puede o no debe cerrarse con la expedición de la sentencia por parte del Consejo de Estado, del 28 de agosto de 2018. De hecho, consideramos necesario ahondar

105 Cf. Rodolfo Arango. *Derechos y fines políticos*. REVISTA JURÍDICAS 9(1). 2012.

en las argumentaciones expuestas por las corporaciones de cierre constitucional y contencioso administrativo, en el entendido de llamar su atención para que se emplee el análisis de proporcionalidad como método para justificar la limitación de los derechos pensionales. Se trata, entonces, de determinar ante la planteada confrontación y dentro del análisis judicial el problema jurídico a resolver y aplicar el principio de proporcionalidad, no para determinar si hay un dominio de la sostenibilidad fiscal sobre los derechos laborales —como es evidente—, sino para establecer si existe una justificación que persiga una finalidad aceptable en términos constitucionales. De ser así, estudiar si puede existir otra medida que resultare menos lesiva para los servidores públicos, y que, de igual forma, cumpla con la finalidad constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Por último, ponderar si los derechos afectados de los servidores públicos poseen un valor más significativo que el fin conseguido con la medida implementada.

REFERENCIAS

Américo Pla Rodríguez. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO. De Palma Ediciones. (1998).

Antonio Vázquez Vialard. TRATADO DE DERECHO DEL TRABAJO. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO DEL TRABAJO (Vol. I). Rubinzal-Culzoni. (2008).

Acto Legislativo 01 de 2005. Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política. Julio 25 de 2005. DO 45.980.

Acto Legislativo 03 de 2011. Por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal. Julio 1 de 2011. DO 48.117.

Carlo Mamani, Hernan Alexis y Sagrario Garay Villegas. *Las implicancias de los actuales sistemas previsionales basados en cuentas de capitalización individual, análisis del caso chileno*. ESTUDIOS SOCIALES: REVISTA DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA 18(36). 2010. Págs. 79-98.

Código Sustantivo del Trabajo. Junio 7 de 1951. DO 27.622.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. SENTENCIA 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09). Agosto 4 de de 2010.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. SENTENCIA 25000-23-42-000-2013-01541-01(4683-13). (c.P: Gerardo Rarenas Monsalve; febrero 25 de 2016).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. EXP. 11001-03-15-000-2016-00038-01(AC). (c.p.: Hugo Fernando Bastidas; septiembre 26 de 2016).

Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Segunda. EXP. 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13). (c.p.: Gabriel Valbuena Hernández; noviembre 24 de 2016).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. EXP. 11001-03-15-000-2018-02003-00(AC). (c.p.: Carlos Enrique Moreno Rubio; julio 12 de 2018).

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. SENTENCIA 00143-01/18. Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01. (c.p.: César Palomino Cortés; 28 de agosto de 2018).

Consejo de Estado, Sección primera. EXP. 11001-03-15-000-2019-00824-01(AC). (c.p.: Roberto Augusto Serrato Valdés; mayo 9 de 2019).

Constitución Política de Colombia [Const.]. Agosto 5 de 1886. (Colombia).

Constitución Política de Colombia [Const.]. Julio 4 de 1991. (Colombia).

Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA T-406/92. (M.P.: Ciro Angarita Pabón; junio 5 de 1992).

Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-168/95. (M.P.: Carlos Gaviria Díaz; abril 20 de 1995).

Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-017. (M.P.: Carlos Gaviria Díaz; febrero 4 de 1998).

Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-730/99. (M.P.: Alejandro Martínez Caballero; octubre 1 de 1999).

Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-964/99. (M.P.: Alejandro Martínez Caballero; diciembre 1 de 1999).

Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA T-631/02. (M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra; 8 de agosto de 2002).

Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA T-169/03. (M.P.: Jaime Araujo Rentería; febrero 27 de 2003).

Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-177/05. (M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa; 1 de marzo de 2005).

Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-540/08. (M.P: Humberto Antonio Sierra Porto; mayo 28 de 2008).

Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-529/10. (M.P: Mauricio González Cuervo; 23 de junio de 2010).

Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA T-013/11. (M.P: Juan Carlos Henao; enero 14 de 2011).

Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-228/11. (M.P: Juan Carlos Henao Pérez; marzo 30 de 2011).

Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-228/12. (M.P: Luis Ernesto Vargas Silva; abril 18 de 2012).

Corte Constitucional de Colombia. AUTO 144/12. (M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; junio 21 de 2012).

Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-258/13. (M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; mayo 7 de 2013).

Corte Constitucional de Colombia. AUTO 326/14. (M.P: Mauricio González Cuervo; octubre 16 de 2014).

Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA T-832A/13. (M.P: Luis Ernesto Vargas Silva; noviembre 14 de 2013).

Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA SU-230/15. (M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; abril 29 de 2015).

Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA C-144/15. (M.P: Martha Vicitoria Chica; abril 6 de 2015).

Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA SU-427/16. (M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez; agosto 11 de 2016).

Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA SU-442/16. (M.P: María Victoria Calle; agosoto 18 de 2016).

Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA SU-210/17. (M.P: José Antonio Cepeda Amarís; abril 4 de 2017).

Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA SU-631/17. (M.P: Gloria Stella Ortiz; octubre 12 de 2017).

Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA SU-114/18. (M.P: Alberto Rojas Ríos; noviembre 8 de 2018).

Corte Constitucional de Colombia. SENTENCIA SU-023/18. (M.P: Carlos Bernal Pulido; abril 5 de 2018).

Damaris Cobos González. *El Estado garante de la seguridad social como derecho fundamental en el derecho laboral*. ADVOCATUS 11(22). 2014. Pág. 247-257.

Decreto 691 de 1994. Por el cual se incorporan los servidores públicos al sistema general de pensiones y se dictan otras disposiciones. Marzo 29 de 1994.

Decreto 1068 de 1995. Por el cual se reglamenta la entrada en vigencia del sistema general de pensiones en los niveles departamental, municipal y distrital, la constitución de los fondos de pensiones del nivel territorial, y la declaratoria de solvencia de las cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público del nivel territorial. Junio 23 de 1995. DO 41903.

Deisy Yanet Acevedo Surmay. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN VS. SOSTENIBILIDAD FINANCIERA COMENTARIOS A LA LEY ESTATUTARIA DE SALUD. Grupo Editorial Ibáñez. (2015).

Esteban Restrepo. *Reforma constitucional y progreso social: la “constitucionalización de la vida cotidiana” en Colombia*. SELA (SEMINARIO EN LATINOAMÉRICA DE TEORÍA CONSTITUCIONAL Y POLÍTICA) PAPERS. Paper 14. 2002.

Francisco Barbosa Delgado. La sostenibilidad fiscal: desafío al Estado social de derecho en Colombia. REVISTA DE DERECHO PÚBLICO 33. Julio-diciembre 2014. Págs. 1-23.

Gerardo Arenas Monsalve. EL DERECHO COLOMBIANO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Legis Editores S. A. (2007).

Germán Enrique Avendaño Murillo. *El derecho laboral como derecho humano*. VERBA IURIS 32. 2014. Págs. 53-72.

Jaime Orlando Santofimio. LA FUERZA DE LOS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS EN EL SISTEMA JURÍDICO DEL DERECHO POSITIVO COLOMBIANO. Universidad Externado de Colombia. (2010).

Juan Carlos Cortés González. LA PROTECCIÓN SOCIAL COMO SERVICIO PÚBLICO. Legis Editores. (2009).

Kamila Jaramillo Campo. Tensión entre el principio de sostenibilidad financiera y el principio de la condición más beneficiosa en la pensión de sobrevivientes. *DIÁLOGOS DE DERECHO Y POLÍTICA* 78. 2014.

Kelly Viviana Enciso Martínez. ANÁLISIS AL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA EN COLOMBIA, UN ANÁLISIS PARA LOS EMPLEADOS PÚBLICOS. Trabajo de grado. Universidad Católica de Colombia. 2018.

Leonardo Cañón Ortegón. *La solidaridad como fundamento del Estado social de derecho, de la seguridad social y la protección social en Colombia*. PÁGINAS DE SEGURIDAD SOCIAL 2017. Págs. 5-29.

Ley 6 de 1945. Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo. Febrero 19 de 1945. DO 25772.

Ley 74 de 1968. Por la cual se aprueban los “Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos”, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime. Diciembre 26 de 1968. DO 2682.

Ley 16 de 1972. Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Diciembre 30 de 1972. DO 33780.

Ley 33 de 1985. Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público. Enero 29 de 1985.

Ley 4 de 1992. Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública. Mayo 18 de 1992. DO 40451.

Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el Sistema De Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones. Diciembre 23 de 1993. DO 41.148.

Lina Marcela Rendón Builes. *El régimen de seguridad social de los docentes de educación básica y media vocacional según el principio de inescindibilidad*. REVISTA CES DERECHO 1(1). 2010.

- Luis Buitrago. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE EMPLEADORES Y TRABAJADORES, COMENTARIOS, JURISPRUDENCIA Y RÉGIMEN PRESTACIONAL DEL ISS. Jurídicas Wilches. (2004).
- Luis Arroyo Jiménez. *Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo*. INDRET. 2009. Págs. 1-32.
- Miguel Carbonell. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en América Latina*. PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL 14. S. f. Págs. 11-31.
- Mitchell Orenstein. *La crisis de la privatización de las pensiones: ¿desaparición o resurgimiento de una tendencia*. REVISTA INTERNACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL 64. Marzo de 2011. Págs. 73-90.
- Mónica Sofía Gómez, Luis Armando Galvis Aponte y Vicente Royuela. *Calidad de vida laboral en Colombia: un índice multidimensional difuso*. DOCUMENTOS DE TRABAJO SOBRE LA ECONOMÍA REGIONAL 230. 2015. Pág. 1-57.
- Néstor Javier Calvo Chaves. *Aplicación del principio de progresividad en la jurisprudencia constitucional colombiana*. MEMORANDO DE DERECHO 2(2). 2011.
- Nestor Javier Calvo Chaves. La modificación de los requisitos para acceder a la pensión en Colombia y su compatibilidad con el principio de progresividad y no regresividad de los derechos sociales. VERBA IURIS 30. Julio-diciembre 2013. Págs. 95-114.
- Nora Duque Gómez y Sandra Patricia Duque Quintero. *El derecho fundamental a una pensión y el principio de sostenibilidad financiera: un análisis desde el régimen de prima media con prestación definida en Colombia*. JUSTICIA JURIS 12(1). 2016. Págs. 40-55.
- Oscar Fernando Mejía Moreno, Yesenia Grajales Ortiz y Valeria Gaviria Vásquez. *Análisis y aplicación en Colombia de los convenios bilaterales y multilaterales suscritos por la Republica de Colombia en materia de seguridad social en pensiones desde el 1º de enero de 1998 al 1º de abril de 2010*. MEMORANDO DE DERECHO 2(2). 2011.
- Paolo Comanducci. *Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico*, en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*. ISONOMÍA 16. 2002. Pág. 89.
- Ricardo Barona Betancourt. *Principios del derecho laboral en el sistema Jurídico Colombiano*. CRITERIO JURÍDICO GARANTÍSTA 2(2). Enero-junio 2010. Págs. 252-264.
- Ricardo Bonilla González. *Pensiones: en busca de la equidad*. CUADERNOS DE ECONOMÍA 20(34). Junio 2001: 306-335.

Rodolfo Arango. *El Estado social de derecho y la sostenibilidad fiscal: reforma a la justicia y derechos*. FORO 72. 2010.

Rodolfo Arango. Derechos y fines políticos. REVISTA JURÍDICAS 9(1). 2012.

Sandra Patricia Duque Quintero, Marta Lucía Quintero Quintero y Derfrey Antonio Duque Quintero. *La seguridad social como un derecho fundamental para las comunidades rurales en Colombia*. OPINIÓN JURÍDICA 16(32). Julio-diciembre 2017. Págs. 189-209.

Sandro José Jácome Sánchez. EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL, CONTINUIDAD DE SUS EFECTOS DESPUÉS DEL 31 DE DICIEMBRE DE 2014. Grupo Editorial Ibañez. (2012).

Sergio Alberto Rojas Quiñones. Colombia con toga: una apuesta por el Neoconstitucionalismo en el Estado Nacional. UNIVERSITAS ESTUDIANTES. 2008. Págs. 23-43.

U. N. Asamblea General de las Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Res. 2200 A(XXI). (16 de diciembre de 1966).

Universidad de los Andes. CONSTITUCIÓN DE 1991, 20 AÑOS LOGROS Y PENDIENTES. ENCUESTRO CON LA CONSTITUCIÓN, 20 AÑOS DE LOGROS Y PENDIENTES. Universidad de los Andes, Departamento de Ciencia Política, Facultad de Ciencias Sociales. (2011).