

**UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMERICANA**  
**Facultad de Derecho**



**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA SUMATORIA DE  
TIEMPOS PÚBLICOS Y PRIVADOS EN EL DECRETO 758  
DE 1990 DESDE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY  
100 DE 1993: CORTE CONSTITUCIONAL-CORTE  
SUPREMA DE JUSTICIA-CONSEJO DE ESTADO**

**DANIELA ECHEVERRY GARCIA**  
**JONATHAN TAMAYO GUARIN**

**Medellín – Antioquia**  
**2015**

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA SUMATORIA DE  
TIEMPOS PÚBLICOS Y PRIVADOS EN EL DECRETO 758  
DE 1990 DESDE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY  
100 DE 1993: CORTE CONSTITUCIONAL-CORTE  
SUPREMA DE JUSTICIA-CONSEJO DE ESTADO**

**DANIELA ECHEVERRY GARCIA  
JONATHAN TAMAYO GUARIN**

**DERECHO: SEGURIDAD SOCIAL**

**Trabajo de Grado presentado como requisito para la  
obtención del título de Abogados.**

**UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMERICANA  
DERECHO  
MEDELLÍN  
2015**

**Nota de aceptación:**

---

---

---

---

---

---

---

**Jurado**

---

**Jurado**

*“El objetivo nunca fue vencer a la competencia, ni ganar mucho dinero, era hacer la cosa más grandiosa posible, o incluso mucho más que eso”.*

*Steve Jobs*

## ÍNDICE GENERAL

RESUMEN-PALABRAS CLAVES

1. INTRODUCCIÓN.

2. JUSTIFICACIÓN.

3. OBJETIVOS.

3.1 Objetivo General.

3.2 Objetivos Específicos.

4. MARCO METODOLÓGICO.

5. REGULACIÓN NORMATIVA.

6. CONNOTACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PENSIONAL.

7. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.

7.1 Definición

7.2 Finalidad del Régimen de Transición.

7.3 Elementos del Régimen de Transición.

8. RECUENTO JURISPRUDENCIAL DE LA SUMATORIA DE TIEMPOS PÚBLICOS Y PRIVADOS EN EL REGIMEN DE TRANSICION CONSAGRADO EN EL ACUERDO 049 DE 1990 REGLAMNETADO POR EL DECRETO 758 DE 1990.

8.1 Corte Constitucional.

8. 2 Corte Suprema de Justicia Sala Laboral.

8. 3 Consejo de Estado.

9. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD, CONDICION MÁS BENEFICIOSA E INESCINDIBILIDAD NORMATIVA.

10. OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL Y PRINCIPIO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA.

CONCLUSIONES FINALES.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## **RESUMEN**

En este trabajo monográfico, se hace un análisis de las posiciones que se han tomado, respecto de la sumatoria de tiempos públicos y privados, en el Decreto 758 de 1990, en la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, con el fin último, de determinar cuál de los criterios debe ser tenido en cuenta, por los operadores judiciales, al momento de enfrentarse con este tipo de casos, a la luz de dar aplicación al principio de la seguridad jurídica, favorabilidad, inescindibilidad de la norma y obligatoriedad del precedente judicial.

## **PALABRAS CLAVES**

Pensión, Precedente Judicial, Régimen de Transición, Principio de Favorabilidad, Sumatoria de Tiempos de Servicio.

## 1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo, se pretende abordar el derecho pensional, específicamente, uno de los temas para el cual, no hay unidad de criterios por parte de las altas cortes como lo es, si ¿existe o no en el Decreto 758 de 1990 la posibilidad de sumar tiempos públicos y privados?, cimentándose, en la jurisprudencia de los máximos tribunales jurisdiccionales en Colombia, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 hasta la actualidad.

El objetivo de esta monografía es, analizar el recuento jurisprudencial de estas tres corporaciones, respecto al tema en cuestión, a partir de la casuística que se ha presentado, con la entrada en vigencia de la mencionada ley, y como se le ha dado solución a la misma; esto por ser los tribunales de cierre de cada jurisdicción, correspondiéndoles, por lo tanto, fijar el alcance de las normas y unificar criterios de interpretación de las mismas, para que los jueces los apliquen en sus providencias.

En relación a la sumatoria de tiempos de servicio públicos y privados, las altas cortes, han asumido desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, posiciones contrapuestas; de un lado está la Corte Constitucional, para la cual, la posibilidad de acumular el tiempo público y privado, resulta más garantista y se ajusta al principio de favorabilidad, contenido en los artículos 53 de la Carta Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, y al principio *pro homine* derivado de los artículos 1° y 2° de la Constitución. Por otro lado, se encuentra la posición de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, según la cual, se indica la imposibilidad de que se de la sumatoria de tiempos del sector público y privado, para adquirir el derecho a la pensión de vejez, con base a los lineamientos del Decreto 758 de 1990, porque para tal fin fue creada la ley 71 de 1988; y en su defecto la ley 100 de 1993 modificaba por la ley 797 de 2003.

Al finalizar el presente trabajo, se busca establecer los criterios de tipo constitucional, legal, doctrinal y jurisprudencial, que han tomado respecto de la sumatoria de tiempos públicos y privados, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, en el acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para determinar finalmente, cuál de estos, debe ser tenido en cuenta, por los operadores judiciales a nivel nacional, al momentos de resolver las controversias que llegan a sus Despachos.

## **2. JUSTIFICACIÓN**

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

A la vez, se caracteriza por ser un derecho constitucional irrenunciable, cuya interpretación, debe ser realizada de conformidad, con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

El tema pensional, es en la actualidad, uno de los tópicos que más ocupan la jurisdicción constitucional, contencioso administrativa y ordinaria laboral, siendo el centro de diversas controversias, por lo que los pronunciamientos, de las altas cortes de cierre que componen nuestro poder judicial, no se hacen esperar, y por consiguiente sus decisiones, adquieren la condición “PRECEDENTE JUDICIAL” que obliga a los jueces a dar su aplicación.

Es así; que en este trabajo se realizara un análisis, respecto a las posiciones adoptadas por los órganos de cierre de nuestro país: Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado; con el fin de dilucidar, cuál de los criterios adoptados por estos, debe ser tenido en cuenta por los operadores judiciales, al momento de enfrentarse con la posibilidad de acumular tiempo público y privado, para efectos de adquirir el derecho a la pensión de vejez o de jubilación, conforme a lo consagrado en el acuerdo 049 de 1990 aprobado por Decreto 758 del mismo año .

La influencia de este trabajo, va encaminada a instruir a la comunidad estudiantil universitaria, docentes, administración pública y demás personas interesadas en el ámbito del derecho a la seguridad social. En el ámbito académico será de vital importancia, pues aportará a la universidad, un conocimiento a disposición de todos, ya que los elementos que se encuentran consignados en este trabajo, sirven como fuente de investigación, análisis e interpretación.

### **3. OBJETIVOS**

#### **3.1. OBJETIVO GENERAL**

Analizar los criterios que han tomado, respecto de la sumatoria de tiempos públicos y privados, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, en el acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para determinar finalmente cuál de estos, debe ser tenido en cuenta por los operadores judiciales, al momento de enfrentarse con este tipo de casos, a la luz de dar aplicación al principio de la seguridad jurídica, favorabilidad y obligatoriedad del precedente judicial.

#### **3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- Explicar la connotación constitucional, que se le ha otorgado al derecho a la seguridad social, desde la misma normatividad y jurisprudencia.
- Definir el Régimen de Transición, contemplado en la ley 100 de 1993: Definición, objetivo, a quienes cobija tal régimen, regulación normativa, etc.
- Establecer la importancia que tiene el precedente judicial, dentro del ámbito jurisdiccional de nuestro ordenamiento, como garantía del principio de la seguridad jurídica y de una correcta impartición de justicia
- Establecer las diferencias entre los principios de favorabilidad, condición más beneficiosa e inescindibilidad normativa, relacionando su respectivo fundamento normativo y uso para los casos en concreto.

#### **4. MARCO METODOLÓGICO**

El estudio de esta monografía, se encuentra fundamentado en una investigación, desarrollada a través de una metodológica histórico-hermenéutica del orden formal, por cuanto se hace meramente teórico, obviando cualquier observación del orden experimental, donde se busca analizar, en qué consiste el derecho pensional, específicamente uno de los temas para el cual no hay unidad de criterios por parte de las altas Cortes, como lo es, si ¿existe o no la posibilidad de sumar tiempos públicos y privados en el régimen pensional contemplado en el Decreto 758 de 1990?, cimentándose en la jurisprudencia de los máximos tribunales jurisdiccionales en Colombia, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 hasta la actualidad.

Desde el punto de vista de la hermenéutica jurídica, a través de la apropiada orientación, por parte de un profesional en el tema y prosiguiendo reglas metodológicas, claras y sistemáticas previamente establecidas, se constituyó jurisprudencial y conceptualmente el principal objetivo de la investigación, facilitando su interpretación para todo aquel interesado en el tema de la seguridad social, específicamente.

Con esta herramienta, se analizaron e interpretaron las leyes, los decretos y jurisprudencia Colombiana. Para obtener los resultados de la investigación, se adoptó un modelo cualitativo, desarrollando para ello, una búsqueda de las soluciones que ha planteado la legislación y la jurisprudencia colombiana.

Dentro de las técnicas de recolección de información documental, se realizó el fichaje de los textos normativos, jurisprudenciales y teóricos, frente a los puntos que conforman la pregunta problematizadora, esto es, ¿Existe o no en el acuerdo 049 de 1990 la posibilidad de sumar tiempos públicos y privados? y ¿Cual posturas de los tribunales judiciales, se ajusta a derecho, y por lo tanto cual deben tener en cuenta los jueces a nivel nacional al

momento de resolver las controversias que llegan a sus Despachos? ¿Que es el precedente judicial? ¿Son de Obligatorios cumplimiento la sentencias que fijan un precedente judicial por parte de los tribunales de cierre?.

## **5. REGULACIÓN NORMATIVA**

Se hace necesario, para lograr el objetivo propuesto para el presente trabajo monográfico, realizar una detenida revisión y estudio de las normas que reglamentan el Sistema General en Pensiones, más específicamente, en aquella posibilidad de poder acumular tiempo de servicio, realizado con distintos empleadores en entidades privadas y públicas, y las cotizaciones realizadas a diferentes instituciones, ya sea cajas de previsión, o las realizadas, al ya extinto Instituto de Seguro Social, hoy en día Colpensiones, con el fin de lograr los requisitos consagrados en el Decreto 758 de 1990.

Es importante acotar, que el sistema de seguridad social y de pensiones, no ha sido ajeno a un proceso evolutivo, y es por ello que con el correr del tiempo y del avance legislativo, dicho sistema ha ido cambiando.

Antes de la promulgación y entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 y de la Ley 100 de 1993, Colombia no poseía un sistema integral de pensiones, sino por el contrario, había coexistencia múltiples regímenes, administrados por distintas entidades de seguridad social.

Es así, que para ese entonces, la seguridad social no se había consolidado como un derecho fundamental. De ahí que con la constitución de 1991, adquirió ese carácter vinculante, fundamental y erga omnes, por su posición garantista, pues antes de esta, la vinculación al sistema de pensiones, solo constituía una obligación para ciertos empleadores o entidades que contaban con un capital mayor a ochocientos mil pesos, según la legislación laboral de ese tiempo, más específicamente el Artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y a las leyes 6 de 1945 y 65 de 1946, además que la ley previó y permitió, que para ciertos sectores económicos, se constituyeran cajas de previsión privada.

Solo hasta 1967, el antiguo ISS comenzó asumir, paulatinamente, el reconocimiento y pago de las pensiones a los empleados privados. Pero aun así, y sabiendo la diversidad de entidades de seguridad social que existían y

de regímenes pensionales a los que se podían acceder, no se creó un sistema que fuera capaz, de integrar estas diferentes entidades.

Luego, para la entrada en vigencia de la ley 71 de 1988, la imposibilidad de acumular los tiempos laborados para diferentes empleadores, y la posibilidad de cotizar a distintos sectores, público y privado, se vio subsanado, pues aquellos empleados, que habían trabajado y que realizaron aportes a instituciones de previsión oficial, por sus trabajos como servidores públicos, y que también habían realizado aportes a cajas de previsión privada, en virtud de su trabajo con particulares, pudieron acumular sus tiempos laborados en ambos campos, a pesar de lo anterior, aún encontramos un bache legislativo, y es el hecho de que, aquellas personas que habían servido al estado, pero no realizaron cotización alguna, no podían realizar dicha acumulación con el tiempo trabajado y prestado para entes particulares.

Por lo anteriormente narrado, es que surgió la ley 100 de 1993, posterior a la constitución de 1991, con el fin de poder desarrollar los principios constitucionales de universalidad, eficiencia y solidaridad, que son los cimientos que sostienen la seguridad social en la actualidad; ya que al integrar los principios en mención; se logra entonces la reestructuración en el sistema regente para la época, con los distintos regímenes pensionales.

Con la nueva ley 100, nuestro legislador busco integrar todos estos sistemas, generando relaciones reciprocas, entre los diferentes entes que se encargan y vigilan el sistema de pensiones, permitiendo así, acumular tiempos y semanas laboradas, debido al nuevo sistema integral, con el cual, además se buscaba buscar una eficiencia en la protección del derecho de seguridad social, en cuanto a pensiones se refiere, y encontrar una universalidad real y efectiva, que brinde cobertura no solo a unos pocos, sino a toda la población en general.

Específicamente, el Artículo 10 de la citada Ley, señala que el Sistema General de Pensiones, se aplica a todos los habitantes. Además, que, a partir de su vigencia, y según lo

establece el Artículo 13, para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas, se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas, a cualquiera de los regímenes pensionales existentes. Asimismo, se amplían las posibilidades de acumular semanas y períodos laborados, antes de la vigencia de la ley.

En ese mismo sentido, el Parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 prescribe: *“Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta: (...) a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones; b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados; (...) En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional.”*

## **6. CONNOTACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PENSIONAL**

La Constitución de 1991, dio cabida en el país a una nueva concepción de Estado, el Estado Social de Derecho, lo cual cambió la perspectiva del derecho en el país, y estableció, nuevos retos con respecto a la situación de derechos humanos y en especial de los derechos fundamentales.

Es entonces, bajo el supuesto de un Estado Social de derecho, que se asume la dignidad humana y la solidaridad social, como los principios rectores para el diseño y la aplicación de la legislación en nuestro país, por lo que, el derecho a la seguridad social, no se hace ajeno a regirse por dichos preceptos.

La Seguridad Social, es reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, como un derecho constitucional fundamental. De esta manera, los artículos 48 y 49 de la Carta Política, establecen que, la seguridad social es, un derecho irrenunciable, y además, un servicio público, de tal manera que, por la estructura de este derecho, es el Estado el obligado a dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución.<sup>1</sup>

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional, al derecho a la seguridad social, se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional, pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social.

Así por ejemplo, el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece: *“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”*.

---

<sup>1</sup> REPUBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional Sentencias T-414 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-642 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

El artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona afirma que: *“Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”*.

Así mismo, se encuentra estipulado en el artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales que: *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”*.

De manera similar, el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prescribe: *“Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”*.

En el mismo sentido, el Código Iberoamericano de la Seguridad Social, aprobado por la ley 516 de 1999, en su artículo 1°, establece, que reconoce a la Seguridad Social como un derecho inalienable del ser humano.

De la lectura de las normas antes mencionadas, se deduce que, el derecho a la seguridad social protege a las personas que están en imposibilidad física o mental, para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar, una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral.

En este orden, el derecho a la pensión de vejez, es uno de los mecanismos que, en virtud del derecho a la seguridad social, protege a las personas cuando su vejez produce una esperable disminución de la producción laboral, lo que les dificulta o impide, obtener los recursos para disfrutar de una vida digna.<sup>2</sup>

En el ordenamiento jurídico colombiano, y durante un amplio lapso, la doctrina constitucional – incluida la jurisprudencia de la Corte Constitucional -, acogió la distinción teórica entre

---

<sup>2</sup> REPUBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional.Sentencia T-284 de 2007.

derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos sociales, económicos y culturales, de otra. Los primeros, como generadores de obligaciones negativas o de abstención, y por ello reconocidos en su calidad de derechos fundamentales y susceptibles de protección directa por vía de tutela. Los segundos, desprovistos de carácter fundamental, por ser fuente de prestaciones u obligaciones positivas, frente a los cuales, por ésta misma razón, la acción de tutela resultaba en principio, improcedente.

Sin embargo, poco tiempo después, el Tribunal Constitucional colombiano admitió que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados por vía de tutela, cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y un derecho fundamental, lo que se denominó “*tesis de la conexidad*”.<sup>3</sup>

Es por ello que, en pronunciamientos más recientes, esta Corte ha señalado que, todos los derechos constitucionales son fundamentales,<sup>4</sup> pues se conectan de manera directa con los valores que los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución.

De lo anterior se concluye que, conforme a la jurisprudencia constitucional, el derecho a la seguridad social es un real derecho fundamental, cuya efectividad se deriva de: (i) su carácter irrenunciable, (ii) su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y, (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad, además se reconoció que las obligaciones positivas y negativas, se encuentran en cualquier tipo de derecho, sin importar la categoría o clasificación que ostente, razón por la cual, ahora se entiende que el carácter fundamental de un derecho lo otorga su consagración en la Constitución Política Colombiana, debido a que todos los allí

---

<sup>3</sup> REPUBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional Sentencia T-406 de 1992.

<sup>4</sup> REPUBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional Sentencias T-016-07 sobre el derecho a la salud, T-585-08 sobre el derecho a la vivienda y T-580-07 sobre el derecho a la seguridad social.

consignados, son fruto del desarrollo de los principios y valores en que se funda este Estado Social de Derecho, razón por la cual la distinción que otrora se realizó hoy resulta inocua.<sup>5</sup>

Bajo esta perspectiva, el derecho fundamental a la seguridad social, surge para ofrecer tranquilidad y seguridad al trabajador y su grupo familiar a corto o largo plazo, previendo que, van a contar con un apoyo económico que les permita vivir con dignidad cuando se lleguen a cumplir los requisitos consagrados en la ley, para tener acceso a dichos derechos pensionales (vejez-invalidéz-muerte); de ahí la importancia que reviste su protección y respeto por parte de las autoridades públicas, y la claridad en un tema tan determinante, bien lo ha indicado la Corte Constitucional, no es una dádiva que se les otorga a los trabajadores, es un ahorro que ellos han hecho previamente a lo largo de su vida, y así lo señala claramente en la sentencia C-247 de 2001:

*“... La pensión constituye un salario diferido del trabajador, fruto del ahorro forzoso que realizó durante toda una vida de trabajo, que le debe ser devuelto cuando ya ha perdido o ve disminuida su capacidad laboral como efecto del envejecimiento natural. En otras palabras, el pago de una pensión no es una dádiva de la Nación ni del empleador, sino el simple reintegro que del ahorro constante de largos años, es debido al trabajador. La no devolución de ese ahorro coactivo y vitalicio denominado –pensión– equivale, ni más ni menos en este caso, a un comiso de características especialísimas, puesto que el bien decomisado no tiene relación alguna con el presunto delito que se le imputa al pensionado, y la privación del mismo se efectúa sin intervención de funcionario judicial alguno, y sin posibilidad de que el afectado pueda ejercer el derecho de defensa que le asiste para defender su patrimonio”.*

---

<sup>5</sup> REPUBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T-334 de 2011.

## **7. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PREVISTO EN LA LEY 100 DE 1993**

Al reemplazar una norma por otra, deviene la necesidad de un régimen de transición, que proteja las posibles consecuencias negativas que podría conllevar el cambio, a quienes tienen un derecho en vía de adquisición, máxime, si se trata de un tema que reviste tanta importancia, como lo es el tema pensional.

### **7.1 DEFINICIÓN:**

La ley 100 de 1993 estableció el marco legal del régimen de transición. No obstante, las leyes 797 y 860 de 2003, pretendieron introducirle modificaciones, para finalmente ser objeto de tratamiento, por parte del acto legislativo No 01 de 2005.

Dispone el inciso 2° del artículo 36 de la ley 100 de 1993:

*“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”.*

Con el fin de realizar una definición precisa sobre esta noción, se hace necesario empezar por la razón de ser de los regímenes de transición en el mundo del derecho, para lo cual seguiremos a nuestra Corte Constitucional.

En Sentencia T-235 de 2002, sobre la justificación de los regímenes de transición en materia pensional, señaló el alto tribunal:

*“La sustitución de una norma por otra exige la necesidad de un régimen de transición la existencia de normas transitorias es indispensable en la legislación sobre seguridad social en pensiones porque hay derecho en vía de adquisición”.*

Encuentra entonces, justificación el régimen de transición, en el hecho de que los derechos pensionales son el resultado del cumplimiento progresivo y acumulativo de factores, como la edad y el tiempo de servicio y/o de cotizaciones. De donde, es de la justicia velar para que, a una persona próxima a cumplir los requisitos de tan larga y difícil consolidación, no se le cercene la expectativa de lograrlo, por la expedición de una norma nueva que cambie las condiciones de pensión. Como tal pues, el régimen de transición, protege expectativas legítimas de adquirir un derecho conforme a los requisitos establecidos por una norma, que viene a ser sustancialmente modificados por otra de reciente expedición. Es lo que ha dicho la corte Constitucional, por ejemplo, en la sentencia:

*“Se ha considerado que la situación de las personas que se van acercando por edad o tiempo de servicio a las contempladas en la ley para acceder a la pensión de vejez, o es las misma de aquellas que apenas inician una vida laboral, llevan pocos años de servicio o su edad está bastante lejos de la exigida. Estas situaciones de orden factico justifican un trato diferente. Por eso, en muchas legislaciones se permite un régimen de transición cuando se modifican las condiciones del derecho a la pensión”.*

De otro lado, el derecho a un régimen de transición en materia de derechos laborales, tiene arraigo constitucional, tal como se advierte en el siguiente razonamiento:

*“Adviértase, como el legislador con estas disposiciones legales va más allá de la protección de los derechos adquiridos, para salvaguardar las exceptivas de quienes están próximos por edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas a adquirir el derecho a la pensión de vejez, lo que corresponde a una plausible política social que, en lugar de violar la Constitución, se adecua al artículo 25 que ordena dar especial protección al trabajo”.*<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> REPUBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional Sentencia C 168 de 1995, MP. Carlos Gaviria Díaz.

El texto Transcrito demarca con precisión, la esencia del régimen de transición pensional, que es la protección de ciertas y precisas expectativas de derecho.

Y con mayor detalle, en la sentencia C-789 de 2002, el alto tribunal señaló lo siguiente:

*“La creación de un régimen de transición constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no ha adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento de tránsito legislativo”.*

Por lo tanto, el régimen de transición en pensiones, traduce la supervivencia de las normas favorables anteriores a la nueva, que va a regular de manera más restrictiva o desfavorable los mismos derechos, expresión esta última, de un retroceso en los derechos laborales, los que por principio, no pueden desmejorarse, pues existen normas tanto nacionales como internacionales que prohíben la regresividad en este tipo de derechos.

La Corte Constitucional al respecto de este tema, ha determinado en sentencias de tutela como la T-158-06, T-871-05 y T-545-04, que la aplicación del principio constitucional de favorabilidad, en lo que atañe a la interpretación y aplicación de las normas atinentes a los requisitos para poder adquirir la pensión, tiene carácter obligatorio, para las entidades del sistema de seguridad social y para las autoridades judiciales, configurando su omisión, como una vía de hecho violatoria de los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social

En conclusión, y viéndolo desde otro ángulo, podríamos adoptar como la definición más acertada, la dada por Álvaro Quintero en su libro PENSIONES DEL SECTOR PÚBLICO: LA TRANSICIÓN CONTINUA: *“El régimen de transición materializa el principio de ultractividad normativa en atención al principio de favorabilidad, que en este caso, se traduce en la protección de aquellos derechos próximos a consolidarse con base en las normas que se derogan y que consagran un mejor derecho, siendo por ello una típica*

*expresión de la regulación de los efectos del tránsito normativo en materia laboral*<sup>7</sup>.

## **7.2 FINALIDAD DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN**

El régimen tiene como finalidad, proteger las expectativas de las personas próximas a adquirir un derecho, con base en normas anteriores más favorables a las nuevas que las modifican. Por ello, la transición regula el tránsito normativo, haciéndolo menos gravoso, para aquellas personas con expectativas de configurar en un horizonte cercano de tiempo su derecho, en este caso, el derecho a una pensión de jubilación o de vejez. Al respecto ha señalado la Corte Constitucional, sentencia T-235 de 04/04/2005 M.P Marco Gerardo Monroy Cabra. En igual sentido la sentencia C-789 de 2002

*“La sustitución de una norma por otra exige la necesidad de un régimen de transición la existencia de normas transitorias es indispensable en la legislación sobre seguridad social en pensiones porque hay derechos en vía de adquisición (...) El régimen de transición se traduce en la supervivencia de normas especiales favorables y preexistentes a una ley general de pensiones.”*

## **7.3 ELEMENTOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN**

Señala el inciso 2º del artículo 36 de la ley 100 de 1993, e concordancia con el artículo 1º del Decreto 813 de 1994:

*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.*

---

<sup>7</sup> PENSIONES DEL SECTOR PÚBLICO: LA TRANSICIÓN CONTINUA. Álvaro Quintero Sepúlveda. 2ª. Edición Librería Jurídica Sánchez R. LTDA.

Según la norma transcrita, tres son los elementos que integran el régimen de transición: a) Edad, b) Tiempo de Servicios o semanas cotizadas, y c) Monto de la pensión. Significa entonces, que las personas con régimen de transición, tienen derecho a pensionarse con la edad y el tiempo de servicios o las semanas cotizadas al régimen anterior, al cual se encontraba afiliados antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones.

Ahora bien, para las Altas Cortes, dichos elementos son de la esencia del régimen de transición. Así en sentencia del 19 de octubre de 2006, radicado No 3288, el Consejo de Estado señaló:

*“Son de la esencia del régimen de transición, la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconoce dicho beneficio”.*<sup>8</sup>

Y es precisamente, uno de los elementos del régimen de transición, que ponemos en el presente trabajo monográfico como el punto álgido: TIEMPO DE SERVICIOS: POSIBILIDAD DE ACUMULAR TIEMPO DE SERVICIO PÚBLICOS Y PRIVADOS EN EL REGIMEN DE TRANSICION CONSAGRADO EN EL DECRETO 758 DE 1990.

---

<sup>8</sup> REPUBLICA DE COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia Sentencia de marzo de 2003, Radicado 4526.

## **8. RECUENTO JURISPRUDENCIAL DE LA SUMATORIA DE TIEMPOS PÚBLICOS Y PRIVADOS EN EL REGIMEN DE TRANSICION CONSAGRADO EN EL ACUERDO 049 DE 1990 REGLAMNETADO POR EL DECRETO 758 DE 1990**

Antes de entrar a determinar el desarrollo jurisprudencial que se ha dado en las altas cortes de nuestro país, al respecto del tema en cuestión, es necesario determinar, el contexto histórico en el que se ha desarrollado el derecho a la pensión en Colombia.

Como lo estableció la Corte Constitucional en la Sentencia C-177 de 1998, antes de que se creara la Ley de 100 de 1993, coexistían diferentes regímenes que regulaban la situación pensional de los trabajadores, la cual estaba dividida a cargo de diferentes entidades, como CAJANAL (Caja Nacional de Previsión), en el caso de los servidores públicos o las cajas de las entidades territoriales, existiendo otras entidades que se encargaban, del reconocimiento y pago de la pensión de determinados sectores de empleados, como era el caso de la fuerza pública, etc. Y en el caso de los trabajadores privados, este reconocimiento lo otorgaban ciertos empresarios, cuyas empresas contaban con un capital mayor de ochocientos mil pesos, situación que cambia al crearse en el año de 1967 el ISS (Instituto de Seguros Sociales), quien comienza a asumir el pago de las pensiones de estos trabajadores privados.

*...En tal contexto, una de las finalidades esenciales de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad que rigen la seguridad social (CP art. 48), fue superar esa desarticulación entre los distintos regímenes pensionales, que no sólo hacía más difícil el manejo general de esta prestación sino que se traducía en inequidades manifiestas para los trabajadores. Así, durante mucho tiempo fue imposible acumular semanas o tiempos de trabajo laborados frente a distintos patronos, con lo cual las posibilidades de muchos empleados de acceder a la pensión eran mínimas.<sup>9</sup>*

---

<sup>9</sup>REPÚBLICA DE COLOMBIA Corte Constitucional. Sentencia C-177 del 4 de mayo de 1998. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Luego, con la entrada en vigencia de la Ley 71 de 1988, se permitió el derecho a la pensión de jubilación, cuando se acreditaran aportes durante 20 años a diferentes entidades de previsión social y al ISS, esta es la determinada “pensión por aportes”; es decir, a través de esta se permitió *“acumular aportes a instituciones de previsión social oficiales hechos en razón del tiempo servido al Estado con las cotizaciones al Instituto de los Seguros Sociales en virtud del tiempo trabajado con particulares”*.<sup>10</sup> 55 m 60 h

Posteriormente, en el Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 de 1990, en el cual se reglamenta el Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte, se establece en el artículo 12 que para gozar del derecho a la pensión además de la edad ahí estipulada, se requiere *“un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.0.00) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo”*.<sup>11</sup>

A continuación aparece en el panorama legislativo la Ley 100 de 1993, la cual:

*“...no sólo permite la acumulación de tiempos y semanas trabajadas, sino que genera relaciones recíprocas entre las distintas entidades administradoras de pensiones, todo con el fin no sólo de aumentar la eficiencia del manejo de seguridad social sino también de ampliar su cobertura hasta llegar a una verdadera universalidad”... Y finalmente, se amplían las posibilidades de acumular semanas y períodos laborados antes de la vigencia de la ley.”<sup>12</sup>*

Después de haber esbozado a groso modo, como ha sido la evolución del sistema pensional en Colombia, cabe entrar a mirar, como se ha regulado la situación de la sumatoria de tiempos en la jurisprudencia, dentro de los Tribunales de cierre de nuestro país, y la posición asumida por cada una de ellas respecto al tema.

---

<sup>10</sup>REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-177 del 4 de mayo de 1998. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>11</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Presidencia de la República. Decreto 758 de 1990 aprobatorio del Acuerdo 049 de 1990. Publicada en el Diario Oficial No 39.303, del 18 de abril de 1990.

<sup>12</sup>REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-177 del 4 de mayo de 1998. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

## 8.1 CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional, ha reinterpretado el requisito del tiempo de servicio y de las semanas cotizadas, lo que le ha permitido desarrollar una consolidada línea jurisprudencial, que básicamente, considera que es viable acumular tiempos públicos con tiempos privados, para efectos de completar los requisitos exigidos, ya sea para la pensión de jubilación del sector público o a la pensión de vejez del ISS hoy Colpensiones. Esta interpretación por supuesto, afecta de manera importante uno de los pilares jurisprudenciales, sobre los cuales se ha construido el régimen de transición, generando transformaciones profundas en dicho sistema, pues a partir de ella se impone su reinterpretación.

La posición de este alto tribunal, respecto a la sumatoria de tiempos públicos y privados, para adquirir el derecho a la pensión de jubilación, ha sido garantista de los derechos que le asisten a los trabajadores, haciendo prevalecer el principio de favorabilidad en materia laboral, en virtud de lo consagrado en los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo.

Valga señalar que, esa interpretación resulta novedosa en virtud, al criterio diferente y dominante que se ha tenido en las demás Altas Cortes, y en las Administradoras del Sistema de pensiones, es así que se inicia, este recuento jurisprudencial con la sentencia T-174 de 2008, en donde el actor, beneficiario del régimen de transición, pretendía que le aplicaran la Ley 33 de 1985 que exige 20 años de servicio en el sector público, los cuales acreditaba con la suma de tiempo de servicio a entidades estatales no cotizado y aportes al ISS, dicha institución, fue enfática en establecer que la única norma que permite la acumulación de aportes es la Ley 100 de 1993, por lo tanto debía renunciar al régimen de transición y acogerse a esta ley, respuesta que la corporación, determinó como violatoria a los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social, precisamente por la no aplicación del principio de favorabilidad.

Debido a las posibles interpretaciones surgidas en torno a los cambios normativos reseñados, esta Corporación ha tenido la oportunidad de resolver casos en los cuales, los accionantes, si bien eran beneficiarios del régimen de transición, no podían acceder a la pensión de vejez, por cuanto en la normatividad aplicable, no reunían los requisitos para acceder a tal prestación, en especial, debido a la imposibilidad de acumular los tiempos de servicios a empleadores públicos y privados, con tiempos cotizados a diferentes cajas de previsión o al ISS.

En reiteración a la jurisprudencia antes mencionada, cabe mencionar la Sentencia T 090 de 2009, en donde se presentan dos interpretaciones, sobre la posibilidad de acumular tiempo laborado en entidades estatales en donde no se efectuó cotización alguna, y aportes al ISS, derivados de una relación laboral con un empleador particular, para acceder al derecho a la pensión, por parte de una persona cobijada por el régimen de transición. Para darle solución a este caso, la Corte plantea dos escenarios, en el primero, se alude al Acuerdo 049 de 1990, que es la norma que pide el peticionario que le apliquen, y que no trata en ninguno de sus apartes, acerca de la acumulación de aportes, razón por la cual, si la persona desea que se le haga esta sumatoria, debe acogerse a la Ley 100 de 1993, disposición que permite expresamente esta acumulación, según lo establecido en el artículo 33 párrafo 1, en el que además se prescribe que las acumulaciones que prevé, son sólo para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el artículo 33, lo que excluiría estas sumatorias para cualquier otra norma, en este caso, el Acuerdo 049 de 1990, perdiendo por lo tanto, el régimen de transición si se acogiera a esta interpretación.

El segundo escenario, se basa en el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, del cual es beneficiario el actor, y estipula que, las personas que cumplan los requisitos que establece la norma, pueden adquirir el derecho a la pensión con los requisitos de edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, y monto de la pensión de vejez, con las condiciones establecidas en el régimen anterior al cual se encontraban

afiliados, y que en los demás, se rigen por lo estipulado en la Ley 100 de 1993. De acuerdo a esta interpretación, la transición se circunscribe a estos tres temas, y no trata acerca del cómputo de semanas, por lo tanto, se deben aplicar las reglas del Régimen General de Pensiones, entre ellas el artículo 33, que permite la acumulación de dichos aportes, el actor entonces, podría conservar los beneficios del régimen de transición y adicional a eso, tendría derecho a que se le efectúe la acumulación que solicita, con el fin de cumplir con el número de semanas cotizadas. Esta interpretación como lo establece la Corte en la sentencia, es finalista e histórica:

*...la Ley 100 de 1993 buscó crear un sistema integral de seguridad social que permitiera acumular semanas o tiempos de trabajo laborados frente a distintos patronos, públicos o privados, para que los(as) trabajadores(as) tuvieran posibilidades reales de cumplir con el número de semanas necesarias para acceder a la pensión de vejez, lo que antes se dificultaba de forma injusta por las limitaciones a la acumulación pues aunque las personas trabajaban durante un tiempo para una empresa privada o entidad pública si cambiaban de empleador éste tiempo no les servía para obtener su pensión de vejez.<sup>13</sup>*

En este caso, el Tribunal Constitucional le dio prevalencia al principio de favorabilidad, ya que si al actor se le hubiera aplicado el primer escenario, tendría que haber acreditado mayor número de semanas, en su caso 1075, en lugar de 1000, que es lo que se plantea en el segundo escenario, por lo tanto, es claro que la interpretación que favorece los intereses del actor es la segunda, y que de no ser aplicada esta, como lo hizo el ISS en el presente caso, se vulneran los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social.

Este criterio ya había sido aplicado por la Corte Constitucional, en otras sentencias como la T-398 de 2009, en donde estableció, que se vulneran los derechos al debido proceso, al mínimo vital y a la seguridad social de una persona, que es beneficiaria del régimen de transición y no

---

<sup>13</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-090 del 17 de febrero de 2009. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

se le acumula el tiempo laborado en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, con el argumento que el mismo ha debido ser cotizado de forma exclusiva al ISS.

*...La anterior justificación no es de recibo para esta Sala, pues el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 en ninguno de sus apartes exige que las cotizaciones se efectúen de manera exclusiva al fondo del Instituto de Seguros Sociales. Por lo que dicha resolución incurre en un error al interpretar una norma de manera distinta a lo que realmente establecido por ella.<sup>14</sup>*

Posteriormente, en sentencia T-583 de 2010 y T-760 de 2010, la Corte ordenó al Instituto de Seguros Sociales reconocer y pagar la pensión a los demandantes, indicando que el ISS decidió aplicar el régimen más gravoso para el actor e incurrió en un error interpretativo, en tanto, el artículo 12 de dicho acuerdo, en ninguno de sus apartes exige que las cotizaciones se efectúen de manera exclusiva y permanente al fondo de esa entidad; para dar solución al caso concreto la Corte explicó:

*“Como ya se mencionó, reiterada Jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha sostenido que las personas cotizan y por consiguiente, cumplen los requisitos ante el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y no ante las entidades específicas que lo componen.*

*Justamente en aplicación de esta tesis, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido expresamente que (i) ‘el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 en ninguno de sus apartes exige que las cotizaciones se efectúen de manera exclusiva al fondo del Instituto de Seguros Sociales’ por lo que se incurre en un error al interpretar esta norma de manera distinta a lo que realmente se encuentra establecido en ella y (ii) en virtud del principio hermenéutico de interpretación más favorable a los intereses del trabajador, es posible computar las semanas que cotizó una persona en el sector público antes de entrar en vigencia la ley 100 de 1993 con las que cotizó como empleado del sector privado en cualquier tiempo”.*

---

<sup>14</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-090 del 17 de febrero de 2009. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

Similar argumentación fue utilizada en la sentencia T-334 de 2011, donde se indicó:

*“Teniendo en cuenta que el cómputo de semanas cotizadas quedó consagrado en la Ley 100, precisamente para evitar las injusticias que durante mucho tiempo se cometieron cuando era imposible acumular semanas laborados con diferentes empleadores, con lo cual las posibilidades de muchos trabajadores de acceder a la pensión eran mínimas; surge la duda seria y objetiva de si es preciso interpretar favorablemente o no dicho artículo para que los beneficiarios de la transición puedan computar semanas, sin perder por ello dicha prerrogativa.*

*Existiendo concurrentemente esas posibilidades de interpretación, el principio rector pro operario hace obligatorio asumir la opción favorable al trabajador, es decir, el ISS debe computar el período referido y, a su vez, permitir a la señora Martínez Escobar pensionarse bajo el régimen de transición”.*

En jurisprudencia más reciente la Corte se pronunció, mediante la sentencia T-100 de 2012, consideró:

*“La jurisprudencia de esta Corporación ha sido enfática al resaltar que esta interpretación de la normativa es errónea y atenta contra los derechos fundamentales de los beneficiarios del régimen de transición.*

*Esto por cuanto: (i) al exigir que para acceder a la pensión de vejez de acuerdo con el Decreto 758 de 1990 las cotizaciones se hayan realizado de manera exclusiva al Seguro Social, se está requiriendo el cumplimiento de un elemento que la norma no consagra; (ii) los requisitos para acceder a los beneficios Sistema General de Seguridad Social se acreditan es ante el sistema mismo y no ante las entidades que lo conforman; y (iii) el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 limitó el régimen de transición a solo tres ítems (edad, tiempo y monto) y estableció que ‘[l]as 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’, por lo que haciendo una lectura integral de la Ley 100 de 1993 - especialmente del literal f) del artículo 13, el parágrafo 1º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la misma-, los tiempos deben acumularse para efectos de la contabilización del número de semanas de cotización requeridas”.*<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> REPUBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional Sentencia T-360 de 2012, Corte Constitucional.

Ulteriormente, en la sentencia T-063 de 2013, la Corte concedió el amparo solicitado a un ciudadano a quien el ISS, le negó la pensión de vejez, por no reunir los requisitos exigidos, bajo los diferentes regímenes que se encontraban vigentes antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. En aquella ocasión, el accionante pretendía la acumulación de las semanas cotizadas a ese Instituto, con aquellas correspondientes a la prestación del servicio militar obligatorio, con lo cual, completaría un total de 1092, para obtener la prestación en virtud del Acuerdo 049 de 1990.<sup>16</sup>

A juicio de la honorable Corte, el tiempo de prestación del servicio militar obligatorio, debe ser contabilizado como tiempo de servicio válido en el trámite de la pensión de vejez, ya sea en virtud de la Ley 100 de 1993 o en otros regímenes especiales.

Ahora bien, del recuento jurisprudencial expuesto, se deriva que la postura de la Corte Constitucional ha sido pacífica, uniforme y reiterada, en lo que se refiere a la posibilidad de acumular tiempos de servicio cotizado a cajas o fondos de previsión social, o que en todo caso fueron laborados en el sector público y debieron ser cotizados, con las semanas aportadas al Instituto de Seguros Sociales, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez.

Como pudo observarse, en cada una de las providencias reseñadas, en aplicación del principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de las normas en materia laboral, resulta más beneficioso para los trabajadores asumir tal postura.

Además, de aceptar una interpretación contraria, la misma iría en contravía de los postulados constitucionales y jurisprudenciales, si se tiene en cuenta, que la mentada norma en ninguno de sus apartes, menciona la imposibilidad de realizar tal acumulación.

Por lo anterior, se da origen a la sentencia SU 769 del 16 de octubre de 2014, con el fin de dar unificación a todo el precedente judicial, emitido por el alto Tribunal de cierre, que consagró como precedente judicial de obligatorio cumplimiento

---

<sup>16</sup> REPUBLICA DE COLOMBIA Corte Constitucional Sentencia T-596 de 2013.

por parte de los funcionarios de instancia, las siguientes conclusiones:

*“9. Conclusiones.*

*9.1. El cómputo de las semanas cotizadas es un aspecto que quedó consagrado en la Ley 100 de 1993 precisamente para dar solución a la desarticulación entre los diferentes regímenes que durante un tiempo hizo imposible acumular tiempos de servicio con diferentes empleadores, reduciendo notablemente la posibilidad de los trabajadores para acceder a la pensión de vejez.*

*De conformidad con los precedentes jurisprudenciales reseñados en la parte considerativa de esta sentencia, para efecto del reconocimiento de esta prestación es posible acumular los tiempos de servicios cotizados a las cajas o fondos de previsión social, con las semanas de cotización efectuadas al Instituto de Seguros Sociales, por cuanto la exclusividad en los aportes a esta entidad se trata de un evento no contemplado en el Acuerdo 049 de 1990.*

*9.2. Por otro lado, según se decantó en esta providencia, por ser la postura que mejor se ajusta a la Constitución y a los principios de favorabilidad y pro homine, y que maximiza la garantía del derecho fundamental a la seguridad social, tal acumulación es válida no solo para los casos en que fueron acreditadas 1000 semanas en cualquier tiempo, sino también para los eventos en los que se demostró haber reunido un total de 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad requerida.*

*9.3. Finalmente, también es posible acumular el tiempo laborado en entidades públicas respecto de las cuales el empleador no efectuó las cotizaciones a alguna caja o fondo de previsión social, con las semanas aportadas al Instituto de Seguros Sociales. Lo anterior, toda vez que se trata de una circunstancia que puede limitar el goce efectivo del derecho a la seguridad social, y porque el hecho de no haberse realizado las respectivas cotizaciones o descuentos no es una conducta que deba soportar el trabajador, más aún cuando era la entidad pública la que asumía dicha carga prestacional”.<sup>17</sup>*

De la cual se puede establecer como la ratio decidendi la posibilidad acumular tiempos de servicios tanto del sector público cotizados a cajas o fondos de previsión social, como del sector privado cotizados al Instituto de Seguros Sociales

---

<sup>17</sup> REPUBLICA DE COLOMBIA Corte Constitucional. Sentencia de unificación SU 769 del 16 de octubre de 2014.

para obtener la pensión de vejez en virtud del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990. Esto, por cuanto dicha disposición no exige que las cotizaciones hayan sido efectuadas exclusivamente al seguro social y porque la aplicación del régimen de transición solamente se limita a los tres ítems previamente señalados, donde no se encuentra aquel referente al cómputo de las semanas, requisito que debe ser determinado según lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.

Interpretación acogida apoyada en el principio de favorabilidad en materia laboral, en virtud del cual, de acuerdo con los artículos 53 de la Carta y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho el operador jurídico, judicial o administrativo, debe optar por la situación que resulte más favorable al trabajador.

## **8.2 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

La posición de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, difiere del alto tribunal constitucional, debido a que para esta corporación, el Decreto 758 de 1990 no contempla la posibilidad de sumar el tiempo del sector público no cotizado al ISS, y así lo ha establecido a través de su jurisprudencia, además, esboza que si esto fuera permitido, se estaría vulnerando el principio de la inescindibilidad de la norma, porque se estaría aprobando lo más favorable de dicho Decreto y de la Ley 100 de 1993, y la normatividad que se aplique, deberá serlo en su integridad, así lo establece en la Sentencia del 29 de marzo de 2001. Radicado No. 15493 *“Contrario a lo que señala el impugnante, los requisitos que prevé el mencionado art. 33 de la Ley 100 no se aplican para quienes quedaron en el régimen de transición, sino para los afiliados al régimen solidario de prima media con prestación definida”*.<sup>18</sup>

Algunas de las sentencias del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria son:

---

<sup>18</sup>REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 29 de marzo de 2001. Radicado No. 15493. M.P.: Francisco Escobar Henríquez.

Las sentencias del 4 de noviembre de 2004 radicado N° 23611, y del 23 de agosto de 2006 radicado N° 27651, en donde la Corte establece que, el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es el único que permite sumar tiempos públicos y privados.

*...Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio.<sup>19</sup>*

Y en lo que respecta al Decreto 758 de 1990, dichas cotizaciones, se entiende que deben ser efectuadas al Seguro Social, por cuanto no existe una disposición, que permita incluir en la suma de las semanas de cotización pertinentes las sufragadas a cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado o el tiempo trabajado como servidores públicos.

La Corte Suprema establece además, en una de sus sentencias, la del 19 de noviembre de 2007 radicado N° 30187 las razones expuestas con anterioridad para no permitir dicha sumatoria:

*(...) la sumatoria de tiempos públicos sin cotización con aportes efectuados al ISS o alguna otra caja, está vedada para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez conforme al régimen de transición, para invocar el Acuerdo 049 de 1990, por lo que en este sistema pensional únicamente se convalidan las semanas efectivamente cotizadas al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES».<sup>20</sup>*

La posición del alto Tribunal, se consolida, tal y como queda dicho en sentencia del 19 de noviembre de 2007, radicado No. 30694, M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez:

---

<sup>19</sup>REPÚBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 100 de 1993. Publicada en el Diario Oficial, núm. 41.148, del 23 de diciembre de 1993.

<sup>20</sup>REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 19 de noviembre de 2007. Radicado No.30187. M.P.: Francisco Javier Ricaurte Gómez.

*“Basten las consideraciones hechas en sede de casación, sobre la imposibilidad de acumulación de tiempos en el sector público con semanas cotizadas al Seguro Social, para pensiones concedidas en régimen de transición, conforme al artículo 20 de Acuerdo 049 de 1990, para concluir, en sede de instancia que la decisión de primer grado debe ser confirmada”*

En respaldo a los criterios establecidos por la Corte Suprema, se menciona la Sentencia del 1 de febrero de 2011 radicado N° 41703, en la que le niega la pensión al accionante, porque el Decreto 758 no permite acumular tiempos, y además no se le puede aplicar la Ley 100 de 1993, puesto que no cumple con el número de semanas exigidas por esta al momento de pensionarse, o la Sentencia del 17 de mayo de 2011 radicado N° 42788 en donde ratifica la jurisprudencia esbozada hasta ahora.

En la actualidad, esta Corporación es pacífica y reiterada en su jurisprudencia, ha señalado que para los beneficiarios del régimen de transición, cuyo régimen anterior sea el del Seguro Social contenido en el Acuerdo 049/1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, la exigencia del número de semanas debe entenderse, como aquellas efectivamente cotizadas al I.S.S., puesto que en el aludido acuerdo, no existe una disposición que permita adicionar a las semanas cotizadas, el tiempo servido en el sector público, como sí acontece a partir de la Ley 100 de 1993 para las pensiones que se rijan en su integridad por ella, o como también puede ocurrir respecto a la pensión de jubilación por aportes prevista en la Ley 71 de 1988, según el criterio expuesto en sentencia SL4457-2014, Radicación No. 43904 del 26 de marzo de 2014 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO y sentencia SL16104-2014, Radicación n.º 44901 del 5 de noviembre de 2014 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Por otra parte, esta entidad ha puntualizado que, la posibilidad prevista en el parágrafo del art. 36 de la Ley 100 de 1993 de acumular semanas cotizadas al I.S.S. o a cajas, fondos o entidades de previsión social, con tiempos

laborados en el sector oficial, hace referencia a la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de esa misma ley.<sup>21</sup>

No se discute entonces, el hecho que para obtener la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990 Art. 12, no suma lo cotizado a cajas o fondos, ni el tiempo de servicios a empleadores públicos, puesto que como quedo dicho anteriormente, dentro del acuerdo, no existe una disposición que permita adicionar a las semanas cotizadas, el tiempo servido en el sector público, como sí acontece a partir de la Ley 100 de 1993 para las pensiones que se rijan en su integridad por ella, o como también puede ocurrir respecto a la pensión de jubilación por aportes prevista en la Ley 71 de 1988.

Al respecto de la pensión de jubilación por aportes, prevista en la ley antes mencionada, la Corte Suprema venía sosteniendo que el tiempo servido que no se hubiera aportado a una Caja de Previsión Social o al ISS, no es factible computarlo para completar los 20 años de aportes, los que alude el citado artículo 7° de la Ley 71 de 1988. Así se dejó sentado, en sentencia radicado No 2640819 de octubre de 2006, reiterado por las sentencias con radicado No 39883 del 24 mayo de 2011 y radicado No 42681 del 4 julio de 2012.

Sin embargo, dada la nueva composición de la Sala, se reexaminó el tema, y se rectificó el anterior criterio, para ahora señalar que, para efectos de la pensión de jubilación por aportes, que se obtiene por virtud del régimen de transición, es dable tener en cuenta el tiempo laborado en entidades oficiales, sin importar si fue o no objeto de aportes a entidades de previsión o de seguridad social. En efecto, en sentencia reciente de la CSJ SL, 4457-2014, 26 marzo 2014 rad. 43904, se adoctrinó:

*“...Ahora bien, si alguna duda se ventila sobre el particular, a pesar de que el Instituto de Seguros Sociales en las resoluciones objeto de discusión aceptó que Torres*

---

<sup>21</sup> REPUBLICA DE COLOMBIA Corte Suprema de Justicia Sala Laboral sentencia del 4 nov. 2004, rad. 23611, reiterada en sentencia del 10 mar. 2009, rad. 35792, sentencia del 17 mayo 2011, sentencia del rad. 42242, del 6 sep. 2012, rad. 42191.

*Borda cotizó a otras cajas de previsión del Sector Público» (fl. 11), ello, le ofrece a la Corte la oportunidad de revisar la línea jurisprudencial que ha venido sosteniendo según la cual, no es posible sumar tiempos de servicios en el sector público no cotizados, con los efectivamente aportados al ISS para tener derecho a la pensión consagrada en el art. 7° de la Ley 71 de 1988.*

*En efecto, desde la sentencia de 7 de mayo de 2008 rad. 32615, se ha reiterado en múltiples oportunidades que el artículo 7° de la Ley 71 de 1988 “no se refirió para nada (...) a la posibilidad de que los aportes pudieran ser reemplazados por tiempos de servicios en los cuales no hubo cotización o pago de aportes”, tesis que se apoyó también en el artículo 21 del Decreto 1160 de 1989 cuyo contenido y alcance se repitió en el artículo 5° del Decreto 2709 de 1994.*

*No obstante, dada la nueva integración de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y ante nuevos sucesos normativos, resulta ahora insoslayable revisar las consideraciones vigentes en torno a la interpretación y alcance que se le ha dado tanto al artículo 7° de la Ley 71 de 1988 así como a sus reglamentos para acceder a la pensión por aportes. Ello implica recordar cuáles fueron los motivos que tuvo el legislador para establecerla y cómo ha sido su aplicación frente a las posteriores regulaciones constitucionales y legales en materia pensional.*

*Pues bien, antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 y del Sistema General de Pensiones adoptado mediante la Ley 100 de 1993, la multiplicidad de regímenes pensionales permitía odiosas diferencias entre los trabajadores vinculados al sector privado y los servidores vinculados al sector público, de modo que cada uno subsistía de manera independiente con exigencias propias en tiempos de servicio y cotización que no podían conjugarse para adquirir el beneficio pensional. Fue por ello que el legislador estableció la llamada «pensión de jubilación por acumulación de aportes», con el objeto de que pudieran sumarse los tiempos de cotización y de servicios en el sector público y en el privado.*

*(...)*

*Dicho de otro modo, la citada disposición se expidió con el fin de garantizar a los trabajadores que prestaron sus servicios en el sector público y privado, la posibilidad de*

alcanzar la pensión con la sumatoria de los tiempos de cotización y de servicios en uno y otro sector.

Posteriormente, ya en vigencia de la Constitución Política de 1991 el legislador no desconoció los motivos que dieron origen a la llamada pensión por aportes, de modo que al establecer el sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, igualmente consagró la posibilidad de acumular para efectos pensionales los tiempos de servicios y de cotizaciones acumulados en uno y otro sector, tanto en el régimen de prima media con prestación definida así como en el de ahorro individual con solidaridad.

En punto al tema que ahora ocupa la atención de la Sala, para el primero de los regímenes dispuso el legislador en el parágrafo primero del artículo 33 *ibidem*, en inequívoca conexidad con el artículo 13 de la misma normativa, que “para efectos del cómputo de las semanas (...) se tendrá en cuenta: (...) b. El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados”.

Recuérdese que el literal f) del citado artículo 13 consagra que, “para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio”.

En este orden, bien podría afirmarse que la Ley 100 de 1993 al consagrar la acumulación de tiempos servidos en el sector público y privado, dejó sin vigencia lo dispuesto en la Ley 71 de 1988. Sin embargo, tal aseveración no es del todo cierta si se tiene en cuenta que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagró un régimen de transición pensional para quienes acreditando los requisitos de edad o tiempo de servicios a su entrada en vigencia, tengan derecho a que su pensión se reconozca conforme a la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión del régimen que anteriormente les fuera aplicable, entre otros, el que consagró el Acuerdo 049 de 1990 del ISS, aprobado por el Decreto 758 de 1990, ora el previsto en la Ley 33 de 1985 que reguló el régimen pensional en el sector oficial y, concretamente, en lo que ahora interesa, la Ley 71 de 1988 que previó la llamada pensión de jubilación por aportes.

Este recuento le permite a la Sala dilucidar que el régimen de jubilación por aportes, no desconoció, ni antes ni

después de la Constitución Política de 1991, que el derecho fundamental e irrenunciable a la pensión no puede verse truncado por la circunstancia de que la entidad empleadora no hubiese efectuado aportes a una caja de previsión social, máxime si se tiene en cuenta que otrora, la afiliación a la seguridad social para los servidores públicos no era obligatoria sino facultativa, de modo que la ausencia de cotización no puede imputársele a ellos, y menos, puede afectar sus derechos pensionales que en todo caso se encontraban amparados por las disposiciones – Decreto reglamentario 1848 de 1969- que garantizaban el reconocimiento pensional a cargo de la entidad de previsión a la cual estuvieran afiliados o, en su defecto, a cargo directo de la entidad o empresa oficial empleadora por el mero tiempo de servicios.

En el mismo sentido, el derecho irrenunciable a la pensión, tampoco puede verse limitado por disposiciones reglamentarias con alcances restrictivos como la que contenía el artículo 5º del Decreto 2709 de 1994, según la cual:

Artículo 5º. Tiempo de servicios no computables. No se computará como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes, el laborado en empresas privadas no afiliadas al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege.

Es decir, conforme a la citada norma solo podían computarse a efectos de obtener la pensión de jubilación por aportes, el tiempo cotizado al Instituto de Seguros Sociales y el cotizado a las cajas de previsión del sector público, sin que pudiera sumarse el tiempo servido a entidades privadas que no cotizaron en el ISS, ni el tiempo laborado en entidades oficiales en las cuales no se efectuaron aportes a entidades de seguridad social.”

### **8.3 CONSEJO DE ESTADO**

Si bien; es cierto los casos que pueda llegar a conocer este Alto Tribunal sobre el régimen pensional contemplado en el Decreto 758 de 1990 es casi nulo, en virtud de la competencia otorgada a cada jurisdicción conforme lo contemplado en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y la ley 1437 de 2011; el Consejo de Estado, si ha se ha tenido hasta la fecha por un hecho cierto e indiscutido, que el requisito del tiempo de servicio para

quien se encuentran en transición, bajo la normatividad del Decreto 758 de 1990, debe ser prestado de manera exclusiva al sector privado, por lo que resulta inviable la acumulación, para efecto del tiempo prestado, tanto en el sector privado y cotizados al ISS y el tiempo servido a una entidad pública.

En esta hipótesis, se tiene sentado, que lo que procede es la pensión por aportes de la ley 71 de 1988, que permite dicha acumulación. Igual para quienes pretenden disfrutar la transición, con base en los reglamentos del ISS, deben acreditar de manera exclusiva, tiempos prestados en el sector privado y cotizados a dicha entidad o en su defecto regirse por los lineamientos del artículo 33 de la ley 100 de 1993 de 1994 modificado por la ley 797 de 2003.

Los casos que ha conocido este Alto Tribunal, en los cuales se recoge su posición unánime y similar a la contemplada por la Corte Suprema de Justicia sala Laboral no son números y se centran en analizar la posibilidad de computar el tiempo prestado como servicio militar (tiempo público) para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez o de jubilación, la cual se indican que el caso de presentarse tal situación está; deberá ser otorgada de conformidad a lo previsto en la ley 71 de 1988 o en la ley 100 de 1993, reflejándose claramente la imposibilidad de acumular tiempo público y privado, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez o de la jubilación conforme a la normatividad contenida en el Acuerdo 049/1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

En el año 2004, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en Concepto 1557 del 1 de julio del mismo año, dio respuesta a un nuevo requerimiento realizado por parte del Ministro de Defensa Nacional. Para esta oportunidad, la Sala se pronunció sobre la vigencia del artículo 40 de la Ley 48 de 1993, con ocasión de la expedición de la Ley 797 de 2003, que prohíbe la sustitución de semanas de cotización o de tiempo de servicio, con el cumplimiento de otros requisitos distintos a cotizaciones efectivamente realizadas, o tiempos de servicios efectivamente prestados antes del reconocimiento de la pensión, estando en entre dicho, el hecho de que la

prestación del servicio militar por parte de los nacionales permitía y servía para computar tiempo, y lograr adquirir los derechos pensionales. Sobre la materia objeto de consulta, la citada autoridad señaló que:

*“Las entidades del Estado de cualquier orden deben computar el tiempo de servicio militar obligatorio para efecto de pensión de jubilación (...) para el reconocimiento de derechos pensionales dentro del Régimen General de Pensiones, teniendo en cuenta que la Ley 797 de 2003 prohíbe sustituir semanas de cotización o abonar semanas cotizadas o tiempo de servicios con el cumplimiento de otros requisitos distintos a cotizaciones o tiempo efectivamente prestado, así como otorgar pensiones del Sistema General no corresponde a tiempos efectivamente prestados o cotizados (...).”*

*“Si bien la ley 100 de 1993 derogó todas las disposiciones que le fueron contrarias (art. 289) tal derogatoria tácita, en términos del artículo 3o. de la ley 153 de 1887, no afecta la vigencia del artículo 40 de la Ley 48 de 1.993, pues los beneficios por él otorgados constituyen desarrollo de precepto superior, que ordena conceder prerrogativas especiales, como incentivo, por el cumplimiento de un deber constitucional. Por tanto, el tiempo de servicio militar se computa para efecto de derechos pensionales tanto en el Régimen General de Seguridad Social como en el especial de las Fuerzas Militares, incluido el del personal de soldados profesionales, pues la preceptiva del artículo 40 de la Ley 48 de 1993 se refiere de modo genérico a “todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio”, de donde se infiere que la efectividad del beneficio opera de manera automática una vez se haga valer para el reconocimiento de derechos pensionales, bien en el Régimen General como en el propio de la fuerza pública. Estos son derechos que adquieren quienes prestan el servicio militar obligatorio”.*

Para el 2006, el Consejo de Estado, ya reafirmaba aún más su posición, pues debió pronunciarse respecto a una controversia presentada, sobre si el personal civil del ministerio de defensa nacional, también se les podía aplicar para el día de hoy, el sistema de aportes que reglamentado por la ley 71 de 1988, estando ya en vigencia la ley 100 de 1993.

El Consejero Ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce Bogotá D.C., en sentencia del treinta (30) de noviembre de

dos mil seis (2006), Radicación: 1752 Número Único: 11001-03-06-000-2006-000-58-00-1752:

*“Es viable jurídicamente reconocer la pensión por aportes, a favor de los empleados públicos y trabajadores oficiales que además de cumplir con los requisitos de edad previstos en la ley 71 de 1988, acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo, acumulados en una o varias de las entidades de previsión social o de las que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o Distrital y el Instituto de los Seguros Sociales, incluyéndose para tal efecto el tiempo laborado por los empleados públicos al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, cobijados por el régimen de excepción previsto por el artículo 279 de la ley 100 de 1993, durante el cual no se realizaron aportes a ninguna caja de previsión, no por capricho de los funcionarios, sino por no estar contemplada esta obligación por el legislador”*

En igual sentido se pronunció este Tribunal de cierre, en sentencia del 3 de abril de 2008 radicación No 68001231500020030079201 M.P Gustavo Eduardo Gómez Aranguren:

*“Se observa, entonces, que el beneficio pensional establecido por el artículo 7 de la ley 71 de 1988 se concibió como una garantía aras que las personas que hubiere efectuado cotizaciones en virtud del tiempo laborad en condición de empleados públicos y privados pudiere acceder a la pensión de jubilación, pues las normas que se habían expedido con anterioridad regularon en forma independiente el régimen pensional de cada uno de estos sectores”.*

Se inicia este recuento jurisprudencial, para el año 2009, con la sentencia emitida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, expediente No 250002325000199805859-01 del 22 de octubre de 2009, M.P Víctor Hernando Alvarado Ardila, se estipula:

*“(…) De conformidad con lo anterior se concluye que el régimen pensional anterior a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 aplicable al accionado era el público regulado en la ley 33 de 1985. Dicho régimen, de conformidad con lo establecido en su artículo 1°, exige como requisitos para acceder al beneficio pensional acreditar 20 años de servicio prestados al sector público y 55 años de edad.”*

En sentencia emitida por la Sección Segunda del Consejo de

Estado, con fecha del 19 de Noviembre de 2009, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila:

*“De lo anterior se deduce que la actora efectuó aportes en virtud de vinculaciones de carácter público y privado, teniendo en cuenta, además, que el tiempo laborado en entidades públicas no es igual o superior a 20 años.*

*Ahora bien, con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 el régimen que regula la posibilidad de reconocimientos pensionales por acumulación de tiempos tanto en el sector público como en el privado es la Ley 71 de 1988, la cual establece el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes en los siguientes términos:*

*Artículo 7. A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.*

*El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas.*

*Parágrafo. Para el reconocimiento de la pensión de que trata este artículo, a las personas que a la fecha de vigencia de la presente ley, tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varón o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, continuarán aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.”*

En el año 2010, el Consejo de Estado, por medio de la honorable magistrada ponente Dra. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ, debió pronunciarse nuevamente frente a un caso en donde se violaba el derecho de acceder a la seguridad social, por realizar aportes en distintas entidades, tanto de carácter público como privado, estando el sujeto cubierto por el régimen de transición de la ley 100 de 1993, el actor, señor Antonio Barberena Saavedra, demandó al instituto colombiano de seguro social I.S.S, puesto que le otorgó una pensión bajo los preceptos de la ley 100 de 1993,

obviando el régimen de transición que cobijaba al demandante, y que por lo tanto podía ser pensionado mediante la ley 71 de 1988 y desconociéndole, ciertos tiempos de servicio prestados a unas entidades de carácter privado, fundamentándose en el artículo quinto del decreto 2709 de 1994, menoscabando su monto pensional, y por lo tanto vulnerando su derecho a la seguridad social, es así, que el caso llego hasta la corporación que nos atañe y a través de pronunciamiento con radicado: 25000-23-25-000-2004-01406-01(1628-06), en la sala DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA, con ponencia de la ya mencionada BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ, y con fecha del 4 de agosto de 2010, dijo lo siguiente:

*“Si bien el artículo 5 del Decreto 2709 de 1994 excluye los tiempos laborados en entidades públicas que no descontaban aportes para pensiones a través de una Caja o Fondo de Previsión Público, también lo es que la Ley 71 de 1988 permitió la acumulación de los tiempos públicos y privados sin hacer ninguna distinción, es decir, que la norma en cita impuso diferencias que la Ley no hizo. En este sentido la norma condiciona el cómputo del tiempo laborado al hecho de que el trabajador lo haya cotizado a través del Instituto de Seguros Sociales o laborado a entidades públicas que aporten al Sistema de Seguridad excediendo lo establecido por la Ley. Tal exigencia, además de desbordar las previsiones de la Ley 71 de 1988, afecta los derechos adquiridos del trabajador a quien sólo se le debe tener en cuenta el tiempo laborado independientemente de la entidad a la que haya aportado pues, en los casos de las entidades públicas, eran éstas quienes asumían la carga pensional. Por tales razones se impone su inaplicación. No es de recibo el argumento del ISS relacionado con que los tiempos laborados en entidades públicas que no descontaban aportes para pensiones sean excluidos para efectos del reconocimiento de la pensión establecida en la Ley 71 de 1988, porque era la entidad la que exoneraba a sus empleados de dicha carga precisamente por asumir éstas el pago de la prestación, es decir, que la falta de aportes no es imputable al empleado. La razón de inexistencia de aportes a Cajas de Previsión o Fondos Públicos tampoco afecta la financiación del pago de la pensión pues, en ese caso, es la entidad pública la que está en la obligación de asumir el pago de los mismos por el tiempo que haya durado la vinculación laboral, ya sea a través de bono pensional o cuota parte. En consecuencia, es claro que el ISS debe reconocer la prestación aplicando lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, por reunir el actor los requisitos dispuestos en el artículo 7 ibídem, como son 60*

*años de edad y 20 años de servicios prestados en el sector público y privado.”*

Ese mismo año, el Consejo de Estado, se refirió nuevamente frente a un caso similar, en cuanto a que la señora Aura Rosa Roa De Arévalo, demandó la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, buscando que se reliquidara la pensión otorgada por esta entidad, pues ella argumenta que al ser beneficiaria del régimen de transición del que trata el artículo 36 de la 100 de 1993, ella debió ser cobijada por leyes anteriores a esta y no por la ley 100 de 1993, con la cual, se vería en detrimento su patrimonio económico, y además, no se estaría sopesando de manera correcta y en pro del derecho, lo que realmente le corresponde, que es estar amparada por leyes anteriores a la ya plurimencionada ley 100. A través de la sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, cuyo consejero ponente fue Gerardo arenas Monsalve, con Radicación número: 15001-23-31-000-2002-02202-01(2322-08), del 18 de marzo de 2010, en la ciudad de Bogotá, el Consejo de Estado aduce lo siguiente:

*“El A quo accedió a las pretensiones de la demanda ordenando reliquidar la pensión de jubilación por aportes de la actora porque CAJANAL reconoció dicha prestación con el promedio que sirvió de base para los aportes al Instituto de Seguros Sociales y no con el del último año de servicios (fls. 96-102), sin verificar que, efectivamente, el último año de servicios, de acuerdo con las pruebas aportadas al expediente, correspondió al período comprendido entre 1996 y 1997, tiempo en el cual, se efectuaron cotizaciones para pensión al Seguro Social. Expone la demandante que al ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y como al 1º de abril de 1994 ostentaba la calidad de servidora pública, le resultan aplicables las previsiones de la Ley 33 de 1985 respecto al ingreso base de liquidación con los factores enunciados en dicha ley y devengados en el último año de servicios al Estado. Sin embargo, considera la Sala que para tener derecho a la liquidación de la pensión de jubilación con los factores previstos en la Ley 33 de 1985 -art. 3 modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985- es indispensable que el trabajador oficial sirva o haya servido durante 20 años continuos o discontinuos en el sector público, requisito que no cumple la actora pues, a pesar de tener 55 años de edad, no acreditó el tiempo de servicio exigido en el sector público (20 años), razón por la cual se le reconoció su pensión con el*

*régimen previsto en la Ley 71 de 1988 que permite la acumulación de tiempos de servicio en el sector público con las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales como trabajador particular. El beneficiario del régimen de transición se pensiona, como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, bajo las reglas referentes a la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión establecidos en la norma anterior que le resulte aplicable y solamente en esa norma, sin que sea jurídicamente posible acoger lo favorable de las diferentes disposiciones anteriores a la citada Ley 100, en razón del principio de inescindibilidad que rige la interpretación de la ley.*

*Lo anterior significa que quien se pensiona con las reglas del régimen de transición debe hacerlo en su integridad bajo el régimen pensional en el que cumpla los requisitos de las correspondientes normas, ya sea sector privado, público o de jubilación por aportes. Por tanto, la actora no puede pretender acogerse a las previsiones de la Ley 71 de 1988 y además que se le aplique lo establecido en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, puesto que, si bien es beneficiaria del régimen de transición, se dio aplicación, en su caso, a las disposiciones de la pensión de jubilación por aportes al no acreditar 20 años de servicios como servidora pública (antes empleada oficial). Tampoco resulta razonable que, por la circunstancia de haber aportado durante 10 años o más al Estado, la pensión de jubilación deba quedar regida por las normas vigentes al momento de la expedición de la ley, es decir, a cargo de las entidades de previsión oficiales exclusivamente, porque, al haberse aportado a entidades públicas y privadas, todas ellas concurren al pago de la pensión en la proporción que les corresponda.”*

Para reafirmar la posición que maneja el Consejo de Estado, con respecto a la sumatoria de los aportes, en aras de proteger el derecho a la seguridad social, específicamente la posibilidad de acceder a una pensión de vejez, encontramos otro pronunciamiento de dicha corporación, realizada el 9 de junio de 2011, sala de lo contencioso administrativo, sección segundo subsección B, consejero ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve proferida en Bogotá D.C., con número de radicación 25000-23-25-000-2005-05520-01(1117-09):

*“Como se observa, la Ley 100 de 1993, al unificar los tiempos de servicio en los sectores público y privado para efectos pensionales, hizo en principio innecesaria la aplicación de la Ley 71 de 1988 para estos efectos. No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que la Ley 100 de 1993, al fijar nuevas reglas y requisitos para el reconocimiento de las*

*pensiones, dispuso igualmente un régimen de transición pensional –en su artículo 36- conforme al cual quienes cumplieran determinados requisitos para ser sujetos de dicho régimen, tendrían derecho a que su pensión se reconociera con los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto o cuantía de la pensión del régimen que anteriormente les fuera aplicable.”*

*En virtud del régimen de transición pensional establecido en la Ley 100 de 1993, es posible obtener la pensión de vejez conforme a las reglas del Seguro Social vigentes con anterioridad a la Ley 100, esto es, aplicando el último reglamento pensional del Seguro Social anterior a la mencionada ley, y que se consagró en el Acuerdo 049 de 1990 del ISS, aprobado por el Decreto 758 de 1990.”*

*Igualmente, en virtud del régimen de transición, también es posible obtener la pensión de jubilación del sector público, tanto la del régimen general –establecida en la Ley 33 de 1985- como la que corresponda a los regímenes especiales oficiales vigentes con anterioridad a la Ley 100.*

*En este contexto del régimen de transición, es posible también para quienes no tienen los requisitos del Seguro Social, ni los requisitos de la pensión oficial anteriores a la Ley 100, pero son sujetos del régimen de transición, obtener la pensión de jubilación con la suma del tiempo cotizado al Seguro Social y el tiempo como cotizado servidor público a cajas de previsión. De esta manera, la pensión de jubilación por aportes, creada en la Ley 71 de 1988, pasa a constituir una modalidad de pensión aplicable en virtud del régimen de transición pensional.”*

*“En conclusión, “en virtud del artículo 7º de la ley 71 de 1988, la posibilidad de computar el tiempo servido en el sector público con el tiempo cotizado en el ISS, es un régimen pensional aplicable a quienes estuvieron vinculados laboralmente al sector oficial, a empleadores públicos y privados afiliados al I.S.S. o a ambos, y requieren de la suma de todos los aportes hechos, para reunir los requisitos para acceder al derecho de pensión<sup>22</sup>”.*

Al respecto, de la pensión de jubilación por aportes, prevista en la ley 71 de 1988, se venía sosteniendo que, el tiempo servido que no se hubiera aportado a una Caja de Previsión Social o al ISS, no es factible computarlo para completar los 20 años de aportes a que alude el citado artículo 7º de la

---

<sup>22</sup> REPUBLICA DE COLOMBIA Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No 1718 del 9 de marzo de 2006.

Ley 71 de 1988. Sin embargo, este alto Tribunal señaló que, para efectos de la pensión de jubilación por aportes, que se obtiene por virtud del régimen de transición, es dable tener en cuenta el tiempo laborado en entidades oficiales, sin importar si fue o no, objeto de aportes a entidades de previsión o de seguridad social, por tal motivo DECLARA LA NULIDAD del artículo 5 del Decreto 2709 de 13 de diciembre de 1994, se adoctrinó<sup>23</sup>:

*“1°.- DECLARASE LA NULIDAD del artículo 5° del Decreto 2709 de 13 de diciembre de 1994, por el cual el Presidente de la República reglamentó el artículo 7° de la Ley 71 de 1988”.*

*En primer lugar, en consulta formulada por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el 24 de julio de 2002, sostuvo lo siguiente:*

*“El colombiano que es llamado prestar el servicio militar ostenta la condición de servidor de la patria, por lo cual el literal a) del artículo 40 de la Ley 48 de 1993 dispone que al término del mismo tendrá derecho a que por las entidades del Estado de cualquier orden, el respectivo tiempo le sea computado para efectos de cesantía, pensiones de jubilación y de vejez y prima de antigüedad, en los términos de la ley. Definida la obligación por el legislador de reconocer y pagar los beneficios ya mencionados, se omitió regular lo relacionado con la entidad oficial encargada de asumirlos, el salario base y los factores salariales que se deben tomar en cuenta para el reconocimiento, como también, ante el sistema pensional implantado por la Ley 100 de 1993, la entidad responsable del pago de las cotizaciones por el tiempo en que sin remuneración se prestó el servicio militar. Sin embargo, a juicio de la Sala esto no constituye obstáculo para dar cumplimiento al mandato legal, pues del texto legal resulta que los beneficios concedidos están a cargo del Estado.*

*(...) En este caso las entidades se encuentran en la obligación de reconocer tales beneficios por el ingreso de personas que prestaron el servicio militar sin estar vinculadas laboralmente a ellas. Como la ley no les asigna los recursos para efectuar los pagos respectivos -la pensión está sujeta a un régimen especial-, puesto que no se prestó en ellas efectivamente servicio alguno, a juicio de la Sala la obligada a*

---

<sup>23</sup> REPUBLICA DE COLOMBIA Consejo de Estado. SECCIÓN SEGUNDA CONSEJERO PONENTE: Dr. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN proferida en Bogotá D.C., el día veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013) con número de radicación 279308.

*efectuar las apropiaciones suficientes es la Nación por conducto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por el valor total de la cotización, esto es incluyendo los aportes correspondientes al empleador y al trabajador, dado que a términos del artículo 217 de la Carta y 3° de la Ley 48 de 1993 el servicio militar se presta directamente a la Nación. Esta interpretación es congruente con la obligación impuesta por el legislador “al Estado”, concepto que como se mencionó comprende varias autoridades, por lo que las cargas presupuestales derivadas del literal a) deben ser asumidas por la Nación - Ministerio de Hacienda y el reconocimiento por la entidad estatal que corresponda.”*

Ulteriormente, en la sentencia con radiación No 2500023250002012156601 del 13 de febrero de 2014 el Consejo indico:

*“En aquellos eventos en los cuales el empleado no haya laborado todo el tiempo al servicio del Estado, sino que también haya prestado sus servicios en entidades privadas, le es aplicable lo dispuesto en la Ley 71 de 1988 (régimen anterior a la Ley 100 de 1993) que consagra la pensión por aportes.*

*La pensión por aportes, es aquella que se obtiene de sumar tiempos de cotización en el sector público y en el privado, esto es, que los empleados públicos y los trabajadores particulares que acrediten 55 años de edad si es mujer y 60 si es varón y 20 de aportes cotizados en cualquier tiempo en una o varias entidades de previsión y el Instituto de Seguros Sociales, tienen derecho a acceder a una pensión de jubilación en las condiciones de la referida ley”.*

## 9. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD, CONDICION MÁS BENEFICIOSA E INESCINDIBILIDAD NORMATIVA

En materia pensional, el principio de favorabilidad se encuentra consagrado expresamente en el artículo 288 de la ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

*“Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se sometan a la totalidad de disposiciones de esta ley”.*

También lo consagra el artículo 272 del mismo estatuto, cuando señala que: *“los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política tendrán plena validez y eficacia en el Sistema de Seguridad Social Integral”*, en virtud a que esta disposición superior contempla la favorabilidad, como uno de los principios fundamentales que deben regir las relaciones de trabajo, remisión que de otro lado, pone de manifiesto la irradiación del derecho del trabajo al Sistema de Seguridad Social, lo cual debilita la tesis de la autonomía de este sistema, respecto del primero<sup>24</sup>. En igual sentido, los artículos 11 y 36 de la ley 100 de 1993, consagran el mismo principio, que al decir de la Corte Constitucional,<sup>25</sup> materializan el principio de favorabilidad reconocido en el artículo 53 superior.

Por su parte, el principio de inescindibilidad normativa, también se encuentra consagrado en el artículo 288 ya citado, en atención a que su aplicación, se encuentra ligada al principio de favorabilidad. Al respecto la Corte Suprema de Justicia, ha indicado:

*“Por lo tanto, es claro, entonces, que la petición efectuada por un trabajador en el sentido de invocar para su beneficio la favorabilidad del artículo 288 de la ley 100 de 1993, so pretexto de que una norma de este sistema le es más ventajosa en lugar de una del régimen anterior, referida sobre*

---

<sup>24</sup> REPUBLICA DE COLOMBIA Corte Suprema de Justicia. Sentencia radicación No 26929 del 14 de marzo de 2006, M.P Isaura Vargas Díaz. Salvamento de voto del Dr. Eduardo López Villegas.

<sup>25</sup> REPUBLICA DE COLOMBIA Corte Constitucional. Sentencia T-631 de 2002.

*la misma materia, debe estar preceda de un juicioso examen suyo que le permita determinar, si aparte de la norma mas beneficiosa, la obligatoria aplicación integral de la nueva ley, que debe hacerse, continua favoreciéndole respecto a su situación en el régimen de seguridad social preexistente a la ley 100 de 1993, que venía amparándolo”.*<sup>26</sup>

En pocas palabras, la aplicación del principio de favorabilidad, conlleva la aplicación simultánea del principio de inescindibilidad, lo que significa que, seleccionada por favorable una norma perteneciente a un estatuto normativo, los demás aspectos del derecho en cuestión quedan sometidos a la regulación prevista en dicho estatuto.

En la sentencia C-168 de 1995, la Corte Constitucional no hace distinción alguna entre los principios de favorabilidad y la condición más beneficiosa, pues aquel constituye la garantía de esta última. Señala la Corte:

*“la "condición más beneficiosa" para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro Ordenamiento Superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho", precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso.*

*De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador”.*

---

<sup>26</sup> REPUBLICA DE COLOMBIA Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Expediente No 24167 del 1 de febrero de 2005.

En la sentencia T-529 de 2007, agrego la Corte Constitucional:

*“El sentido protector del derecho del trabajo se refleja, entonces, en la solución de conflictos normativos, en la interpretación de preceptos dudosos y en la solución de situaciones no reguladas en beneficio de la parte débil de la relación; por que las normas laborales tiene, como fin último, el equilibrio de las relaciones del trabajo”.*

En consecuencia, el principio de favorabilidad, materializa el sentido protector del derecho al trabajo, pues con base a él, en caso de duda en la aplicación o interpretación de fuentes formales de derechos, el conflicto se soluciona escogiendo la interpretación que resulte más favorable al trabajador.

Según la Corte Constitucional, el sentido protector del derecho del trabajo se concreta en tres dimensiones básicas: a) En la solución de conflictos normativos; b) En la interpretación de preceptos dudosos y c) En la solución de situaciones no reguladas en beneficio de la parte débil de la relación.

No se limita pues, el alcance del principio de favorabilidad exclusivamente, a la solución de la duda en la aplicación de normas vigentes que regula una misma situación de manera distinta, sino que también, se extiende a la solución de la duda, cuando una misma norma admite varias interpretaciones razonables.

Pero la Corte Constitucional va más lejos en la aplicación del principio de favorabilidad, pues aunado al principio de no regresividad en materia de derechos laborales, llega a la conclusión que resulta conforme a la Constitución, en determinados casos, la inaplicabilidad de los preceptos vigentes, y la aplicación de las normas derogadas<sup>27</sup>.

En el mismo sentido, se ha pronunciado la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha considerado que la previsión del artículo 53 superior,

---

<sup>27</sup> REPUBLICA DE COLOMBIA Corte Constitucional, Sentencia T-658 de 2008 y T-752 de 2008.

corresponde al principio de la condición más favorable, el cual resulta aplicable en casos de transición normativa, por lo que cuando la discusión o duda es sobre la aplicación de norma vigentes, el principio de favorabilidad, es el que nos permite resolver la situación<sup>28</sup>.

Profundizando en el último escenario propuesto, cuando una norma admite varias interpretaciones, ha expuesto esta la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral que para la aplicación de la favorabilidad deben presentarse, además, dos elementos a saber: (i) la duda seria y objetiva ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, ello, en función de la razonabilidad argumentativa y solidez jurídica de una u otra interpretación; y, (ii) la efectiva concurrencia de las interpretaciones en juego para el caso concreto, es decir, que sean aplicables a los supuestos fácticos concretos de las disposiciones normativas en conflicto<sup>29</sup>.

Es este pues, el alcance que debe dársele al principio de favorabilidad, como también lo entiende la Corte Constitucional, pues en un asunto de tanta importancia, como lo es la seguridad social de las personas, cuyo derecho debe garantizar el Estado, se constituye en una herramienta fundamental para solucionar positivamente expectativas sociales y humanas, que de otra manera encontraría un rechazo como única respuesta, derivada de la aplicación formalista de un instrumento de tanta trascendencia, para realizar materialmente la igualdad y la justicia.

---

<sup>28</sup> REPUBLICA DE COLOMBIA Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral Sentencias No 23918 del 24 de febrero de 2005, 9758 del 13 de agosto de 1997, 25090 del 14 de julio de 2005 y 256090 del 14 de julio de 2005.

<sup>29</sup> REPUBLICA DE COLOMBIA Corte Constitucional, sentencia T-545 de mayo 28 de 2004, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T-248 de marzo 6 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil; T-090 de febrero 17 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-334 de mayo 4 de 2011, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, entre otras.

## **10. OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE** **JURISPRUDENCIAL Y PRINCIPIO DE LA SEGURIDAD** **JURÍDICA**

Todo el ordenamiento jurídico debe sujetarse a lo dispuesto por la Constitución, en razón de lo dispuesto en el artículo 4° de la Carta Fundamental. Además que, uno de los efectos de la categoría de Estado Social de Derecho en el orden normativo es, que los jueces en sus providencias, definitivamente están obligados a respetar los derechos fundamentales.

Para reforzar la aplicación del deber de igualdad en la adjudicación y reconocimiento por las autoridades, de los derechos a las personas, la función jurisdiccional da cuenta de un instrumento: el valor vinculante de ciertas decisiones judiciales, para la solución de nuevos casos el “PRECEDENTE JUDICIAL”. Significa que, la regla de decisión de algunas sentencias, debe ser aplicada por los jueces y tribunales competentes a los casos posteriores que se apoyen en los mismos supuestos fácticos y jurídicos. En tal sentido, el precedente jurisprudencial, aparece como un mecanismo realizador de la igualdad jurídica, pues los ciudadanos pueden contar con que el derecho ya reconocido a una persona, habrá de serle concedido a otra u otras que se hallaren en la misma situación fáctica y jurídica inicialmente decidida.

En la sentencia T-830 de 2012, la Sala Séptima de Revisión de la Corte estudió el “*desconocimiento del precedente*”, como una de las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales. En ese orden, consideró relevante establecer la diferencia entre los conceptos de “*antecedente*” y “*precedente*”, sobre los que señaló que: “*el primero –antecedente- se refiere a una decisión de una controversia anterior a la que se estudia, que puede tener o no algunas similitudes desde el punto de vista fáctico, pero lo más importante es que contiene algunos puntos de Derecho (e.g. conceptos, interpretaciones de preceptos legales, etc.) que guían al juez para resolver el caso objeto de estudio. Por tanto, los antecedentes tienen un carácter orientador, lo que no significa (a) que no deban ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de fallar, y (b) que lo eximan del deber de argumentar las razones para apartarse, en virtud de los principios de transparencia e igualdad (...)*”

*segundo concepto –precedente- , por regla general, es aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso”.*

La corte, en la sentencia T-794 de 2011, indicó los criterios a tener en cuenta para identificar el precedente: *“(i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente”<sup>30</sup>.*

Una sentencia se compone, básicamente, de dos partes: la parte motiva y la parte resolutive, entre las cuales debe existir congruencia. La parte motiva, a su vez, se compone de los hechos, las pruebas y los fundamentos jurídicos, que viene a ser el nexo entre unos y otros, mediado por el análisis lógico jurídico. Este tipo de análisis da lugar a dos clases de juicios, unos que son *obiter dicta* y otros que son la *ratio decidendi* del fallo. Según la sentencia T-292 de 2006:

*“Los obiter dicta, son “lo que se dice paso” (SU-1300 de 2001) e la providencia; esto es, aquello que no está inescindiblemente ligado con la decisión, como las “consideraciones generales”, las descripciones del contexto jurídico dentro del cual se inscribe el problema jurídico a resolver o los resúmenes de la jurisprudencia sobre la materia general que es relevante para ubicar la cuestión precisa a resolver. El obiter dicta, no tiene fuerza vinculante (SU 1219 de 2001 y como se expresó, constituye criterios auxiliares de interpretación.*

*(...)*

*La ratio decidendi corresponde a aquellas razones de la parte motiva de la sentencia que constituyen la regla determinante del sentido de la decisión y de sus contenido específico, o sea, aquellos aspectos si los cuales sería imposible saber cuál fue la razón determinante por la cual la Corte Constitucional decidió en un sentido, y no en otro diferente, en la parte resolutive.”*

---

<sup>30</sup> REPUBLICA DE COLOMBIA Corte Constitucional Sentencia T-794 de 2011 M.P Jorge Iván Palacio.

Para la Corte Constitucional, la *ratio decidendi* de una sentencia, constituye una verdadera regla de derecho, cuya obligatoriedad al ser erga omnes, rebasa el ámbito inter partes del fallo, independientemente del tipo de sentencia que la contenga, esto es, de control abstracto o de tutela.

Sobre este aspecto, la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional bien se refleja, en la sentencia T-292 de 2006, en uno de cuyos apartes, se dice lo siguiente:

*“Con fundamento en estas precisiones, contenidas en la jurisprudencia constitucional y en la ley 270 de 1996,-ley estatutaria de la Administración de justicia-, puede concluirse que la ratio decidendi de los fallos de tutela- descrita y caracterizada en los mismos términos de aquella correspondiente a las providencias de constitucionalidad-, resuelta vinculante para los jueces”.*

*La razón del valor vinculante de la ratio decidendi en materia de tutela, es como se dijo, asegurar la unidad en la interpretación constitucional en el ordenamiento y un tratamiento en condiciones de igualdad frente a la ley, por parte de las autoridades judiciales, que asegure la seguridad jurídica.*

*Precisamente, sobre el tema ya se había pronunciado también la sentencia C-104 de 1993 (M.P Alejandro Martínez Caballero), en la que se comentó que con respecto al acceso a la justicia, el artículo 229 de la Carta debía ser concordado con el artículo 13 de la Constitución, en el entendido de que “acceder” igualmente ante los jueces implica, “no solo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también el idéntico tratamiento que tiene derecho a recibirse, por parte de los jueces y tribunales ante decisiones similares”.*

*Por las razones anteriores, puede concluirse que en materia de tutela,- cuyos efectos inter partes eventualmente pueden llegar a hacerse extensivos en virtud del alcance de la revisión constitucional, la ratio decidendi si constituye un precedente vinculante para las autoridades (Sentencia T-1625 de 2000 M P. Martha Sachica Méndez). La razón principal de esta afirmación se deriva del reconocimiento de la función que cumple la Corte Constitucional en los casos concretos que no es otra que la de “homogeneizar la interpretación constitucional de los derechos fundamentales” a través del mecanismo constitucional de revisión de las sentencias de tutela (artículo 241 de la C.P). En este sentido, la vinculación*

*de los jueces a los constitucionales resulta especialmente relevante para la unidad y armonía el ordenamiento como conjunto, precisamente porque al ser las normas de la Carta de textura abierta, acoger la interpretación autorizada del Tribunal constituye una exigencia inevitable. De no aceptarse este principio, la consecuencia final sería la de restarle fuerza normativa a la Constitución, en la medida que cada juez podría interpretar libremente la Carta, desarticulado el sistema jurídico en desmedro de la seguridad jurídica y comprometiendo finalmente la norma superior, la confianza legítima en la estabilidad de las reglas jurisprudenciales y el derecho a la igualdad de las personas.*

*Como corolario de lo anterior, tanto en lo concerniente a la ratio decidendi en materia de sentencias de constitucionalidad como en el caso de las tutelas, se puede concluir que la ratio decidendi de tales providencias constitucionales resulta vinculante para todos los operadores jurídicos, en virtud de varios fundamentos derivados de las competencias establecidas en la Carta”.*

Con base a lo antes dicho, el precedente, a diferencia de un antecedente, no es orientador, sino, de obligatorio cumplimiento, más tratándose de las sentencias emanadas por la Corte Constitucional, máximo órgano vigilante de la Constitución Política. Al respecto la Corte ha señalado las siguientes razones para establecer la vinculatoriedad de los precedentes:

*“La primera razón de la obligatoriedad del precedente se relaciona con el artículo 230 superior. De acuerdo Con este precepto de la Constitución Política, los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, en ese orden, tienen una autonomía interpretativa e independencia para fallar, pero deben hacerlo dentro de los parámetros que les presenta la ley. Particularmente, el concepto de `ley` ha sido interpretado por la jurisprudencia de la Corte desde un sentido amplio, es decir, la ley no es sólo aquella emitida por el legislador, sino además comprende todas las fuentes del derecho incluidas las sentencias que interpretan la Constitución como norma de normas, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de los órganos de cierre de cada jurisdicción.*

*La segunda razón se desprende de los principios de igualdad, debido proceso y buena fe. El precedente es una figura que tiene como objetivo principal garantizar la confianza en las decisiones de los jueces a la luz de los principios de*

*seguridad jurídica, igualdad, buena fe y confianza legítima que rigen el ordenamiento constitucional. En otras palabras, la independencia interpretativa es un principio relevante, pero se encuentra vinculado con el respeto a la igualdad en la aplicación de la ley y por otras prescripciones constitucionales. En palabras de la Corte Constitucional:*

*‘La fuerza vinculante del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano, se explica entonces, al menos, por cuatro razones principales: (i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 13 C.P.), que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales debe ser ‘razonablemente previsibles’; (iii) en atención a los principios de buena fe y de confianza legítima (artículo 84 C.P.), que demandan respetar las expectativas generadas por las reglas judiciales en la comunidad; y finalmente, (iv) por razones de rigor judicial, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema jurídico’.*

*La tercera razón es que la respuesta del precedente es la solución más razonable que existe hasta ese momento al problema jurídico que se presenta, y en esa medida, si un juez, ante circunstancias similares, decide apartarse debe tener unas mejores y más razonables razones que las que hasta ahora han formado la solución para el mismo problema jurídico o similares. En ese orden la doctrina ha establecido como precedente: tratar las decisiones previas como enunciados autoritativos del derecho que funcionan como buenas razones para decisiones subsecuentes` y `exigir de tribunales específicos que consideren ciertas decisiones previas, sobre todo las de las altas cortes, como una razón vinculante’<sup>31</sup>.*

Concretamente, sobre la relevancia de los precedentes constitucionales, la Corte en Sentencia T-656 de 2011 afirmó que: “(...) el deber de acatamiento del precedente judicial se hace más estricto cuando se trata de jurisprudencia constitucional, en la medida en que la normas de la Carta Política tienen el máximo nivel de jerarquía dentro del sistema de fuentes del derecho, de modo que las decisiones que determinan su alcance y contenido se toman ineludibles para la administración. No entenderlo así, resulta contrario a la vigencia del principio de supremacía constitucional”.

De igual forma, esta Corporación ha diferenciado entre dos clases de precedentes, el horizontal y el vertical, teniendo en

---

<sup>31</sup> REPUBLICA DE COLOMBIA Corte Constitucional Sentencia SU 230 de 2015 M.P Jorge Ignacio Pretelt Chajub.

cuenta la jerarquía de la autoridad judicial que profiere la providencia previa. El primero, hace referencia a aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o el mismo operador judicial, y el segundo, se relaciona con los lineamientos sentados por las instancias superiores, encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional. Así, para la mayoría de asuntos, el precedente vertical que deben seguir los funcionarios judiciales, es determinado por la Corte Suprema de Justicia o por el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción. En los casos en los que no son susceptibles de ser revisados por las autoridades mencionadas, son los tribunales los encargados de establecer criterios hermenéuticos para los operadores judiciales inferiores.

En la sentencia C-836 de 2001, la Corte abordó, entre otros, el problema jurídico que el caso presente plantea: operadores judiciales inferiores en una jurisdicción, deben regirse por los precedentes reconocidos por el órgano de cierre de la misma. Con base en el deber constitucional de igualdad de trato, la Corte asumió que:

*(...) en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad en la interpretación y aplicación de la ley”; por ello, “cuando no ha habido un tránsito legislativo relevante, los jueces están obligados a seguir explícitamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en todos los casos en que el principio o regla jurisprudencial sigan teniendo aplicación”.*

Luego la Corte Constitucional, en la sentencia C-335 de 2008, refiriéndose en general a las decisiones de todos los órganos judiciales de cierre jurisdiccional, reitera el carácter vinculante de la jurisprudencia de los órganos de cierre y, al respecto, afirma:

*“Reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redundará en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y*

*económicos. De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares”.*

Según este Tribunal Constitucional, la fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura -sala disciplinaria- y a Corte Constitucional, como órganos de cierre de sus jurisdicciones, proviene fundamentalmente: (i) De la obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar igualdad de trato en cuanto autoridades que son; (ii) De la potestad otorgada constitucionalmente a las altas corporaciones, como órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones, y el cometido de unificación jurisprudencial en el ámbito correspondiente de actuación; (iii) Del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (iv) De la necesidad de seguridad jurídica del ciudadano respecto de la protección de sus derechos, entendida como la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos, derivada del principio de igualdad ante la ley como de la confianza legítima en la autoridad judicial<sup>32</sup>.

Nótese que, la fuerza vinculante de las decisiones de las denominadas altas cortes, surge de su definición constitucional como órganos jurisdiccionales de cierre, condición que les impone el deber de unificación jurisprudencial en sus respectivas jurisdicciones. El mandato de unificación jurisprudencial, únicamente dirigido a las cortes jurisdiccionales de cierre, se erige en una orden específica del Constituyente, para brindar cierta uniformidad a la interpretación y aplicación judicial del derecho en desarrollo del deber de igualdad de trato debido a las personas, mediante la fuerza vinculante de sus decisiones judiciales superiores.

---

<sup>32</sup> REPUBLICA DE COLOMBIA Corte Constitucional Sentencia C-816 de 2011 M.P. Mauricio González Cuervo.

Así, de la condición de “máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria”, de “tribunal supremo de lo contencioso administrativo”, de “guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”, que les fija la Constitución a la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respectivamente, surge el encargo de unificar la jurisprudencia en las respectivas jurisdicciones, tarea implícita en la atribuciones asignadas a la primera como tribunal de casación, en la de cierre jurisdiccional de lo contencioso administrativo del segundo, y en la función de guardián de la Constitución y de revisor de las decisiones judiciales de tutela de los derechos fundamentales que tiene la Corte Constitucional. Y de tal deber de unificación jurisprudencial, emerge la prerrogativa de conferirle a su jurisprudencia un carácter vinculante. En otras palabras, el valor o fuerza vinculante, es atributo de la jurisprudencia de los órganos de cierre, quienes tienen el mandato constitucional de unificación jurisprudencial en su jurisdicción<sup>33</sup>.

Siendo la jurisprudencia en principio, criterio auxiliar de interpretación, que tiene fuerza vinculante para los funcionarios judiciales, al tratarse del precedente judicial de los órganos de cierre, de cada una jurisdicciones constitucionalmente previstas, como ya se, advirtió tal fuerza, vinculante deriva de mandatos constitucionales que consagran la supremacía normativa de la Constitución, el deber de sujeción de todas las autoridades públicas a la Ley Superior, el derecho de igualdad ante la ley, el debido proceso, el principio de legalidad y la buena fe a la que deben ceñirse las actuaciones de las autoridades públicas, no siendo contraria sino complementaria del concepto de la jurisprudencia como criterio auxiliar de interpretación.

Tratándose del tribunal constitucional, la fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Constitucional tiene una doble fundamentación, en razón del órgano que la profiere: (i) De un lado, se trata del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional; (ii) De otro lado, es el guardián de la “supremacía e integridad” de la Carta Fundamental.

---

<sup>33</sup> REPUBLICA DE COLOMBIA Corte Constitucional Sentencia C-335 de 2008.

En cuanto guardián de la Constitución, sus interpretaciones autorizadas de las disposiciones que la integran condicionan la actividad legislativa, administrativa y judicial. En sentencia T-292 de 2006, la Corte afirma que, el respeto al principio de la seguridad jurídica implica el respeto por las normas superiores y la unidad y armonía de las demás normas con éstas. La Corte Constitucional en la Sentencia C-292 de 2006, expresó: *“Al ser la Corte la responsable de mantener la integridad y supremacía de la norma superior, sus determinaciones resultan ser fuente de derecho para las autoridades y particulares, cuando a través de sus competencias constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta”*.

En la sentencia C- 539 de 2011, esta Corporación analizó el artículo 114 de la ley 1395 de 2010 que adopta medidas en materia de descongestión judicial. La disposición acusada determinaba que las *“Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos”* . Uno de los cargos formulados consistía, en que la norma acusada permitía a las entidades estatales desatender los precedentes constitucionales que fijan el alcance de los derechos fundamentales, siendo constitucionalmente imperiosa su aplicación. La Corte realizó un recuento de las reglas jurisprudenciales existentes, en relación con la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución, a la ley y a los precedentes judiciales dictados por las Altas Cortes y, específicamente, por la Corte Constitucional.

En la misma sentencia C-539/11, la Corte aclaró el entendimiento del concepto de imperio de la ley, al que están sujetas las autoridades administrativas y judiciales, como referido a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, aplicación que en todo caso debe realizarse en consonancia con la Constitución. Agregó que, los fallos de la Corte

Constitucional, tanto en ejercicio del control concreto como abstracto de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, en su parte resolutive - *erga omnes*, en el caso de los fallos de control de constitucionalidad de leyes, e inter partes para los fallos de tutela por regla general- y, en ambos casos, las consideraciones de la *ratio decidendi*, tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas. Y precisó que, el desconocimiento del precedente judicial de las Altas Cortes por parte de las autoridades administrativas, especialmente de la jurisprudencia constitucional, implica la afectación de derechos fundamentales, y por tanto, una vulneración directa de la Constitución o de la ley, de manera que puede dar lugar a (i) Responsabilidad penal, administrativa o disciplinaria por parte de las autoridades administrativas, (ii) La interposición de acciones judiciales, entre ellas de la acción de tutela contra actuaciones administrativas o providencias judiciales.

En síntesis, se puede indicar entonces que la jurisprudencia, por definición constitucional, es “criterio auxiliar” de interpretación de la actividad judicial, conforme lo indica el artículo 230.2 de la Constitución Política, y de este modo, los jueces en sus providencias “*sólo están sometidos al imperio de la ley*”<sup>34</sup>; sin embargo, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura - autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y en especial la Corte Constitucional -en todos los casos, como guardián de la Constitución-, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica, por lo que excepcionalmente, el juez, puede apartarse del precedente judicial vinculante de los órganos jurisdiccionales de cierre, mediante una argumentación explícita y razonada de su apartamiento, en reconocimiento a la autonomía e independencia inherentes a la administración de justicia y al ejercicio de la función judicial.

---

<sup>34</sup> REPUBLICA DE COLOMBIA Constitución Política de Colombia Artículo 230-1.

## **CONCLUSIONES FINALES**

De conformidad con los precedentes jurisprudenciales reseñados por los tres tribunales de cierre de nuestro país es preciso indicar que se llega a concluir dos posturas visibles:

### **1. CORTE CONSTITUCIONAL**

Esta corporación ha sido reiterativa en indicar en sus providencias la Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma.

Además indica que la coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional, creándose una nueva relación entre derechos fundamentales y jueces lo que significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales.

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

Igualmente se consideró como un servicio público esencial, en lo relacionado con el sistema de salud y con las actividades vinculadas al reconocimiento y pago de las mesadas pensionales, que busca “mitigar las consecuencias propias de la desocupación, la vejez y la incapacidad de las

personas, y que garantiza consigo mismo el ejercicio de otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida, la dignidad humana y el mínimo vital”. Desde este punto de vista prestacional, la seguridad social supone un mayor grado de responsabilidad por parte del Estado en el diseño de las instituciones encargadas de la prestación del servicio, así como en la asignación de recursos para el pleno funcionamiento del sistema

Es por tal, que para esta corporación la posibilidad de sumatoria de tiempos públicos y privados para lograr el reconocimiento de la pensión de vejez o de jubilación, es una situación probable por cuanto dicha disposición no exige que las cotizaciones hayan sido efectuadas exclusivamente al seguro social y porque la aplicación del régimen de transición solamente se limita a los tres ítems previamente señalados, donde no se encuentra aquel referente al cómputo de las semanas, requisito que debe ser determinado según lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, ante lo cual no se violaría el principio de inescindibilidad de la norma.

Esta corporación decidió acoger esta posibilidad acumular tiempos de servicios tanto del sector público cotizados a cajas o fondos de previsión social, como del sector privado cotizados al Instituto de Seguros Sociales apoyada en el principio de favorabilidad en materia laboral, en virtud del cual, de acuerdo con los artículos 53 de la Carta y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho el operador jurídico, judicial o administrativo, debe optar por la situación que resulte más favorable al trabajador. Como ejemplo, la sentencia T-334 de 2011 señaló lo siguiente:

*“El principio opera (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. (...) Profundizando en el último escenario propuesto, cuando una norma admite varias interpretaciones, ha dicho esta corporación que para la aplicación de la favorabilidad, deben presentarse, además, dos elementos, a saber: (i) la duda seria y objetiva ante la*

*necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, ello, en función de la razonabilidad argumentativa y solidez jurídica que una u otra interpretación tengan; y, (ii) la efectiva concurrencia de las interpretaciones en juego para el caso concreto, es decir, deben ser aplicables a los supuestos fácticos concretos de las disposiciones normativas en conflicto”*

## **2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA LABORAL- CONSEJO DE ESTADO**

Estos dos Altos tribunales en cambio a tiene una postura unánime frente el hecho de que para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez o de jubilación bajo el Decreto 758 de 1990 no resulta procedente acumular tiempo publico cotizados a cajas o fondos de previsión social y tiempo del sector privado cotizados al Instituto de Seguros Sociales, pues para tal fin fue creada la ley 71 de 1988, y hasta la misma ley 100 de 1993 modificada por la ley 797 de 2003.

Resulta tan clara esta postura, que las dos Corporaciones se ha dedicado a subsanar a través de su providencia defectos o vacíos jurídicos contemplados en la ley 71 de 1998 como DECLARA LA NULIDAD del artículo 5 del Decreto 2709 de 13 de diciembre de 1994, en atención a que resultaba violatorio de derechos fundamentales tal requisito, pues la cotización al sistema para los servidores públicos era facultativa y no obligatoria.

Sin embargo realizando un análisis de los cambios tan significativos que han tenido ambos Tribunales en sus providencias, y a tendiendo a esas nuevas posturas axiológicas que están tomando tanta fuerza en nuestro país donde el derecho cobra importancia si se fundamenta en principios y valores, podría darse un giro inesperado que pugne por la protección eficaz de la parte débil de toda relación laboral, el trabajador.

De otro lado, con la finalización de este trabajo se nos han generado más que conclusiones realmente son dudas frente a la posición adoptada por los jueces de la Republica frente a un tema muy particular el “PRECEDENTE JUDICIAL”, ¿es

este vinculante o tan solo criterio auxiliar?, de ser vinculante ¿es o no es de obligatorio cumplimiento para los jueces aplicarlo?

La jurisprudencia comprende el conjunto de decisiones adoptadas por las autoridades a quienes les ha sido atribuido el ejercicio de la función judicial. A pesar de su calificación como criterio auxiliar, este Tribunal ha concluido “que nuestro sistema normativo ha avanzado significativamente en este campo, al punto de superar las apreciaciones que consideraban de manera categórica a toda la jurisprudencia como criterio auxiliar de interpretación, para reconocer ahora, la fuerza vinculante de ciertas decisiones judiciales.” Con fundamento en la interpretación conjunta de los artículos 1, 13, 83 y 230 de la Constitución, la Corte Constitucional ha dicho que el precedente judicial tiene una posición especial en el sistema de fuentes, en atención a su relevancia para la vigencia de un orden justo y la efectividad de los derechos y libertades de las personas. Por ello existe una obligación prima facie de seguirlo y, en el caso de que la autoridad judicial decida apartarse, debe ofrecer una justificación suficiente. Incluso la jurisprudencia ha reconocido que la acción de tutela procede contra providencias judiciales cuando éstas violan el precedente aplicable.

Además ha manifestado la Corte Constitucional que mientras la jurisprudencia de juzgados y tribunales, es criterio auxiliar de interpretación en el ejercicio de la función judicial, las sentencias de los órganos judiciales de cierre y unificación de las diferentes jurisdicciones, además del valor de cosa juzgada propio de ellas frente al caso sub judice, posee fuerza vinculante como precedente, respecto de posteriores decisiones judiciales que examinen casos similares, sin perjuicio de la posibilidad de apartamiento e inaplicación del mismo que tiene el juez, a partir de argumentaciones explícitas al respecto.

Adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en materia de interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales, tiene preeminencia en relación con la jurisprudencia de los órganos judiciales de cierre de las

diferentes jurisdicciones, dada la supremacía de la Constitución sobre la normatividad restante del sistema jurídico y las competencias constitucionales de la Corte.

Como se dejó expresado, sólo a la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales, en cuanto órganos de cierre de las jurisdicciones - constitucional, ordinaria, contenciosa administrativa y jurisdiccional disciplinaria-, se le asigna fuerza vinculante; y en virtud de ella, las autoridades judiciales deben acudir al precedente jurisprudencial para la solución de casos fáctica y jurídicamente iguales. Pero dicha limitación de la potestad interpretativa de jueces y magistrados, no conduce a la negación completa del margen de autonomía e independencia que la Constitución les reconoce en el ejercicio de su función judicial. Por eso, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las autoridades judiciales cuentan con la facultad de abstenerse de aplicar el precedente judicial emanado de las cortes jurisdiccionales de cierre, previo cumplimiento de determinadas condiciones.

Así, el juez dispone de un margen de apreciación de los supuestos fácticos del caso concreto y de interpretación de las normas aplicables al mismo, que le permite apartarse del precedente judicial, es decir, optar por no aplicar la razón jurídica con base en la cual se resolvió el caso anterior. Sin embargo, el juez o tribunal no puede ignorar el precedente del órgano de cierre de su jurisdicción -la ordinaria, la contenciosa administrativa, la jurisdiccional disciplinaria, y en todo caso, la constitucional- tienen frente a ella el deber de desarrollar una argumentación explícita justificativa de su inobservancia.

Sin embargo, debe resaltarse que la opción en comento, en ningún modo habilita a las autoridades judiciales, para que en el ejercicio distorsionado de su autonomía, opten por desconocer el precedente, tanto de carácter vertical como horizontal, ante la identidad de supuestos jurídicos y fácticos relevantes, sin cumplir con los requisitos antes mencionados. Por lo tanto, resultarán inadmisibles, por ser contrarias a los principios de igualdad, legalidad y seguridad jurídica, posturas que nieguen la fuerza vinculante prima

facie del precedente, fundamenten el cambio de jurisprudencia en un simple arrepentimiento o cambio de parecer, o sustenten esa decisión en el particular entendimiento que el juez o tribunal tengan de las reglas formales de derecho aplicables al caso. En otras palabras, para que la objeción al precedente jurisprudencial resulte válida, conforme a la perspectiva expuesta, deberá demostrarse a que esa opción es imperiosa, en tanto concurren razones sustantivas y suficientes para adoptar esta postura, en tanto el arreglo jurisprudencial existente se muestra inaceptable. Estas razones, a su vez, no pueden ser otras que lograr la vigencia de los derechos, principios y valores constitucionales.

En consecuencia a lo antes dicho ¿Reconocen o no los jueces de la republica el valor vinculante y la obligación prima facie de seguirlo del precedente judicial al momento de emitir cualquier decisión dentro de sus despachos?, ¿Al apartarse del precedente judicial frente a un caso e contra cualquier dependencia judicial; la justificación brindada es suficiente como para desconocer un derecho fundamental consagrado en la norma de normas: la constitución?, ¿Cómo sería el conflicto INDEPEDENCIA JUDICIAL VS OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE JUDICIAL?.

Finalmente, podemos concluir que al existir tantos vacíos legislativos y dudas frente a la interpretación tanto normativa como jurisprudencial dada frente el tema debe en todo caso protegerse el derecho a la seguridad social consolidado en el derecho a la pensión de vejez , brindando la posibilidad de admitir la acumulación de tiempos públicos y privados, que contempla el recuento jurisprudencial de nuestra Corte Constitucional, por resultar más garantista y ajustada al principio de favorabilidad, contenido en los artículos 53 de la Carta Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, y al principio *pro homine* derivado de los artículos 1° y 2° de la Constitución, pero en todo caso queda la duda sobre el tema de ¿ qué pasa con las personas cuyo derecho a la pensión está reconocido bajo otras normatividades ley 33 de 1985 o ley 71 de 1988, pero que en todo caso por principio de favorabilidad es más benéfico que dicho reconocimiento se

hubiera dado bajo el decreto 758 de 1990?, ¿tendrían derecho a solicitar reajuste pensional o reliquidación pensional? o contrario sensu ¿el precedente de la corte constitución solo procedería de manera excepcional para proteger a las personas que aún no han adquirido el derecho a la pensión de vejez o de jubilación? De ser así ¿qué pasaría con el principio de igualdad?

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

### **DOCTRINA**

PENSIONES DEL SECTOR PÚBLICO: LA TRANSICION CONTINUA. Álvaro Quintero Sepúlveda. 2ª. Edición Librería Jurídica Sánchez R. LTDA.

### **NORMATIVIDAD**

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia. Publicada en Diario Oficial, núm. 116, del 20 de julio de 1991.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República. Acto Legislativo 01 de 2005. Publicado en el diario oficial, núm. 45.980 del 25 de julio de 2005.

\_\_\_\_\_. Ley 71 del 19 de noviembre de 1988 reglamentada por el Decreto 1073 de 2002.

\_\_\_\_\_. Ley 100 de 1993. Publicada en el Diario Oficial, núm. 41.148, del 23 de diciembre de 1993.

\_\_\_\_\_. Ley 797 de 2003. Publicada en el Diario Oficial, núm. 45.079, del 29 de enero de 2003.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Presidente de la República. Decreto 758 de 1990 aprobatorio del Acuerdo 049 de 1990. Publicada en el Diario Oficial, núm. 39.303, del 18 de abril de 1990.

### **JURISPRUDENCIA**

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-012 del 21 de enero de 1994. M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

\_\_\_\_\_. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional Sentencia C-037 del 21 de febrero de 1996 . M.P.: Vladimiro Naranjo mesa.

\_\_\_\_\_. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional Sentencia C-177 del 4 de mayo de 1998. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

\_\_\_\_\_. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional Sentencia C-247 del 27 de febrero de 2001. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

\_\_\_\_\_. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional Sentencia SU-430 del 19 de agosto de 1998. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

\_\_\_\_\_. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional Sentencia SU-1354 del 4 de octubre de 2000. M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

\_\_\_\_\_. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional Sentencia T-516 del 10 de noviembre de 1993. M.P.: Hernando Herrera Vergara.

\_\_\_\_\_. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional Sentencia T-068 del 22 de febrero de 1994. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

\_\_\_\_\_. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional Sentencia T-456 del 21 de octubre de 1994. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

\_\_\_\_\_. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional Sentencia T-545 del 28 de mayo de 2004. M.P. : Eduardo Montealegre Lynett.

\_\_\_\_\_. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional Sentencia T-871 del 19 de agosto de 2005. M.P. : Manuel José Cepeda Espinosa.

\_\_\_\_\_. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional Sentencia T-158 del 2 de marzo de 2006. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

\_\_\_\_\_. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional Sentencia T-174 del 21 de febrero de 2008. M.P.: Mauricio González Cuervo.

\_\_\_\_\_. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional Sentencia T-090 del 17 de febrero de 2009. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

\_\_\_\_\_. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional Sentencia T-398 del 4 de junio de 2009. M.P.: Jorge Ignacio PreteltChaljub.

\_\_\_\_\_. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional Sentencia T-583 del 22 de julio de 2010. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

\_\_\_\_\_. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional Sentencia T-093 del 17 de febrero de 2011. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

\_\_\_\_\_. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional Sentencia T-377 del 12 de mayo de 2011. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

\_\_\_\_\_. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 29 de marzo de 2001. Radicado No. 15493. M.P.: Francisco Escobar Henríquez.

\_\_\_\_\_. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 4 de noviembre de 2004. Radicado No. 23611. M.P.: Gustavo José Gnecco Mendoza.

\_\_\_\_\_. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 23 de agosto de 2006. Radicado N° 27651. M.P.: Luis Javier Osorio López.

\_\_\_\_\_. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 19 de noviembre de 2007. Radicado No.30187. M.P.: Francisco Javier Ricaurte Gómez.

\_\_\_\_\_. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 1 de febrero de 2011. Radicado No. 41703 M. P.: Carlos Ernesto Molina Monsalve.

\_\_\_\_\_. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 17 de mayo de 2011. Radicado No. 42788. M.P.: Gustavo José Gnecco Mendoza.

\_\_\_\_\_. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional Sentencia SU 769 del 16 de octubre de 2014.

\_\_\_\_\_. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional Sentencia SU 230 del 29 de abril de 2015.

\_\_\_\_\_. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional Sentencia T-816 del 1 de noviembre de 2015.

\_\_\_\_\_. REPUBLICA DE COLOMBIA Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral Sentencias No 23918 del 24 de febrero de 2005, 9758 del 13 de agosto de 1997, 25090 del 14 de julio de 2005 y 256090 del 14 de julio de 2005.

\_\_\_\_\_. REPUBLICA DE COLOMBIA Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia No 250002325000200107196 del 1 de julio de 2008, M.P Gerardo Arenas Monsalve y sentencia No 25000232500020030798701)0836-08) del 18 de febrero de 2010, M.P Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

\_\_\_\_\_. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional sentencia T-545 de mayo 28 de 2004, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T-248 de marzo 6 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil; T-090 de febrero 17 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-334 de mayo 4 de 2011, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

\_\_\_\_\_. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional Sentencia T-658 de 2008 y T-752 de 2008.

\_\_\_\_\_. REPUBLICA DE COLOMBIA Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Expediente No 24167 del 1 de febrero de 2005.

C-168 de 1995

\_\_\_\_\_.REPUBLICA DE COLOMBIA Corte Suprema de Justicia. Sentencia radicación No 26929 del 14 de marzo de 2006, M.P Isaura Vargas Díaz. Salvamento de voto del Dr. Eduardo López Villegas.

\_\_\_\_\_. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional Sentencia T-631 de 2002.

\_\_\_\_\_.REPUBLICA DE COLOMBIA Consejo de Estado Sentencia No 2500023250002012156601 del 13 de febrero de 2014.

\_\_\_\_\_.REPUBLICA DE COLOMBIA Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No 1718 del 9 de marzo de 2006.

\_\_\_\_\_.REPUBLICA DE COLOMBIA Consejo de Estado. SECCIÓN SEGUNDA CONSEJERO PONENTE: Dr. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN proferida en Bogotá D.C., el día veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013) con número de radicación 279308.

\_\_\_\_\_. REPUBLICA DE COLOMBIA Consejo de Estado sentencia del 9 de junio de 2011, consejero ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve proferida en Bogotá D.C., con número de radicación 25000-23-25-000-2005-05520-01(1117-09):

\_\_\_\_\_. REPUBLICA DE COLOMBIA Consejo de Estado consejero ponente fue Gerardo arenas Monsalve, con Radicación número: 15001-23-31-000-2002-02202-01(2322-08), del 18 de marzo de 2010, en la ciudad de Bogotá.

\_\_\_\_\_. REPUBLICA DE COLOMBIA Corte Suprema de Justicia, en sentencia de marzo de 2003, Radicado 4526

\_\_\_\_\_. REPUBLICA DE COLOMBIA Corte  
Constitucional, Sentencia T-334 de 2011.

\_\_\_\_\_. REPUBLICA DE COLOMBIA Corte  
Constitucional, Sentencia T-284 de 2007.

\_\_\_\_\_. REPUBLICA DE COLOMBIA Corte  
Constitucional Sentencias T-414 de 2009, M.P. Luis Ernesto  
Vargas Silva y T-642 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas  
Silva Corte Constitucional.