

**DETERMINANTES DE LA INOPERATIVIDAD DEL
MECANISMO DE EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA
EN EL CASO DEL IBL DE LA LEY 33 DE 1985**

**DANIELA GONZÁLEZ URREGO
JUAN DAVID CARDONA SÁNCHEZ**

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA
MEDELLÍN
2017**

**DETERMINANTES DE LA INOPERATIVIDAD DEL
MECANISMO DE EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA
EN EL CASO DEL IBL DE LA LEY 33 DE 1985**

**DANIELA GONZÁLEZ URREGO
JUAN DAVID CARDONA SÁNCHEZ**

**Asesora
ANA MARÍA CORREA DÍAZ
Mg. en Administración**

Trabajo de grado para optar al título de abogados

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA
MEDELLÍN
2017**

DEDICATORIA

Dedicamos esta tesis a nuestras familias quienes han sido nuestro pilar y nuestra fuerza para adquirir el título universitario de abogados.

AGRADECIMIENTOS

Aprovechamos la oportunidad para agradecer el apoyo incondicional de los profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana, y de manera especial al profesor Juan Camilo Pulgarín Aguilar, a nuestra asesora de tesis Ana María Correa Díaz y a todas las personas que contribuyeron en el desarrollo de este escrito.

Contenido

INTRODUCCIÓN	8
1. Problema De Investigación	10
1.1 Formulación del problema de investigación	10
1.2 Pregunta de Investigación.	12
1.3 Delimitación del problema.....	13
1.3.1 Delimitación temática y conceptual.	13
1.3.2 Delimitación temporal y espacial	13
2. Objetivos	14
2.1 Objetivo general.....	14
2.2 Objetivos específicos.	14
3. Justificación.....	15
4. Fundamentación Teórica.....	17
4.1 Aspectos generales del mecanismo de extensión de la jurisprudencia	17
4.1.1 El precedente administrativo v.s el precedente judicial	17
4.1.2 Clasificación doctrinaria del precedente	21
4.1.3 Mecanismo de extensión de la jurisprudencia.....	27
4.1.4 Configuración legal de las sentencias de unificación jurisprudencial	29
4.2 Aspectos generales sobre el ingreso base de liquidación y aspectos relacionados	33
4.2.1 Régimen de transición.....	33
4.2.2 Requisitos para ser beneficiarios del régimen de transición	35
4.2.3 Parámetros de interpretación sostenidos por las altas cortes sobre el IBL	37
4.2.4 Factores salariales para calcular la pensión	47
5. Antecedentes normativos.....	52
5.1 ¿Cuál es la normatividad aplicable en materia pensional a los servidores públicos?.....	52
5.2 Disposiciones normativas anteriores a la ley 33 de 1985	54
6. Hallazgos y Resultados	56
6.1 ¿Separación de poderes, colaboración armónica, o choque de trenes?	56
6.2 UGPP Y COLPENSIONES en el ejercicio de la discrecionalidad administrativa.....	62

7. Metodología.....	64
7.1 Diseño metodológico	64
7.2 Enfoque metodológico	65
7.3 Nivel de la investigación o alcance	66
7.4 Unidades de análisis, población y muestra.....	67
7.4.1 Unidades de Análisis.....	67
7.4.2 Población y Muestra.....	67
7.5 Categorías, variables e indicadores.....	68
7.6 Fuentes de investigación	70
7.6.1 Fuentes primarias.....	70
7.6.2 Fuentes secundarias	70
7.7 Técnicas e Instrumentos.....	70
8. Diagrama De Gantt	71
CONCLUSIONES.....	72
ANEXOS	77
ANEXO A: Glosario de abreviaturas.....	77
ANEXO B: Respuesta derecho de petición- COLPENSIONES	78
ANEXO C: Respuesta derecho de petición- UGPP	82

Índice de gráficos

Gráfico N° 1: Tipos de precedentes	22
Gráfico N° 2: Flujograma análisis sentencias.....	42
Gráfico N° 3: Metodología de la investigación.....	64

Índice de tablas

Tabla N° 1: Comparación sobre conceptos de salario.	51
Tabla N° 2: Sentencias hito.....	68
Tabla N° 3: Medición de resultados.....	69

RESUMEN

El propósito de la presente investigación es identificar los factores determinantes de la inoperatividad del mecanismo de extensión de la jurisprudencia en el caso del IBL de la ley 33 de 1985 respecto a servidores públicos beneficiarios del régimen de transición, analizando así la brecha temporal y procesal que hay entre las decisiones del Consejo de Estado y su real aplicación. Se considera en ese sentido, que es importante identificar estas razones, ya que existe disparidad de criterios entre las altas cortes frente a este caso, lo cual denota incoherencia en el ordenamiento jurídico y genera incertidumbre en sede administrativa; de otro lado, es una gran oportunidad dar a conocer las bondades y beneficios del mecanismo de extensión de la jurisprudencia, mecanismo desconocido por muchos litigantes, lo que incide de manera directa en su poca operatividad. Por lo anterior, en este proyecto investigativo se realizará de manera documental, y hermenéutica un análisis detallado de la jurisprudencia sobre el tema, con el fin de desarrollar los diferentes objetivos propuestos.

ABSTRACT

The purpose of the present investigation is to identify the determinant factors of the inoperability of the extension mechanism of jurisprudence in the case of IBL of law 33 of 1985 with respect to civil servants beneficiaries of the transition regime, thus analyzing the temporal and procedural gap that there are between the decisions of the Council of State and their actual implementation. It is considered in this sense that it is important to identify these reasons, since there is a disparity of criteria among the high courts in this case, which indicates inconsistency in the legal system and generates uncertainty in administrative headquarters; On the other hand, it is a great opportunity to publicize the benefits and benefits of the extension mechanism of jurisprudence, a mechanism unknown to many litigants, which directly affects their lack of operation. Therefore, in this research project will be carried out in a documentary, and hermeneutical way a detailed analysis of the jurisprudence on the subject, in order to develop the different objectives proposed.

Palabras claves: régimen de transición, factores salariales, sentencias de unificación, precedente administrativo, precedente judicial.

INTRODUCCIÓN

El cómo se acorta la brecha temporal y procesal de las sentencias del Consejo de Estado y su real aplicación en el caso del IBL de la ley 1985 se explica a manera de símil como un reloj de arena invertido, en donde se vislumbra que la única alternativa para finiquitar el desgaste y disparidad de criterios interpretativos que se tienen sobre este caso, es el agotamiento mismo de los casos particulares.

Como se sabe, la presente investigación tiene por objeto identificar los factores determinantes de la inoperatividad del mecanismo de extensión de la jurisprudencia en el caso del IBL de la ley 33 de 1985 respecto a servidores públicos beneficiarios del régimen de transición. Para alcanzar dicho objetivo se han diseñado tres componentes en los cuales se desarrollarán los objetivos propuestos así: En un primer momento se hará una exposición detallada sobre aspectos generales del mecanismo de extensión de la jurisprudencia; así, se van a identificar sucintamente los parámetros de interpretación sostenidos por las altas cortes sobre el IBL y se determinará claramente que es un régimen de transición, lo cual va a permitir resolver algunas preguntas tales como:

¿Las sentencias de la Corte Constitucional cercenan la posibilidad de aplicar el mecanismo de extensión de la jurisprudencia, si se parte de la premisa de que la sentencia C-816 de 2011 establece que se deben aplicar de manera preferente los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional? ó ¿Se afectaría la autonomía e independencia que predica el artículo 228 de la Constitución Política de Colombia en el evento en el que el Consejo de Estado se vea compelido a adoptar la misma interpretación sobre el IBL que sostiene la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia?

En un segundo momento se van a establecer las razones por las cuales la UGPP y Colpensiones como entidades estatales no están aplicando el precedente jurisprudencial otorgado por el Consejo de Estado en el régimen previsto en la ley 33 de 1985, contando previamente con una definición precisa de lo que es un precedente administrativo, aportando también unos criterios que la doctrina anglosajona hace sobre los precedentes, para así determinar en qué criterio desde nuestro punto de vista se enmarcaría el precedente administrativo.

Por último, en un tercer momento se va a realizar un análisis de la normatividad aplicable en materia pensional a los servidores públicos teniendo en cuenta sus modificaciones y evolución, de acuerdo con la libertad de configuración normativa que ostenta el legislador para hacerle frente a los cambios sociales, culturales, económicos e históricos de una sociedad.

Al final se reseñarán los hallazgos, haciendo énfasis en el análisis de las sentencias objeto de análisis. Finalmente, se presentan conclusiones, críticas y anexos que se consideran de gran utilidad para la comprensión adecuada del trabajo investigativo en concreto. De esta manera, cada componente está debidamente soportado con información proveniente de: providencias judiciales de las altas cortes, libros de diversos autores como lo es el libro de la Sala de Consulta del Servicio Civil del Consejo de Estado sobre las sentencias de unificación jurisprudencial y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia; todo esto llevado a cabo mediante el análisis sistemático y hermenéutico con información recaudada.

1. Problema De Investigación

1.1 Formulación del problema de investigación

Con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual entró en vigencia el 2 de Julio de 2012 se introdujo el mecanismo de extensión de la jurisprudencia contemplado en el artículo 102 y 269 ídem, por medio del cual se desarrolla el deber legal de las autoridades administrativas de aplicar uniformemente las normas y la jurisprudencia contenido en el artículo 10 de la ley 1437 del 2011.

Dicho mecanismo juega un papel importante en la administración, ya que propicia la solución de conflictos de manera expedita, garantizando principios tales como: igualdad, economía y seguridad jurídica; de tal forma que evita a los ciudadanos trámites excesivos para acceder a la tutela jurisdiccional efectiva.

En ese sentido, es importante advertir que la mayoría de los casos que se presentan en sede contenciosa, es por la inaplicabilidad en sede administrativa del deber contenido en el artículo 10 del CPACA, aun cuando ya existen parámetros jurisprudenciales para resolver conflictos de manera uniforme, lo cual denota incoherencia y genera una judicialización desmesurada.

Usualmente las entidades encargadas de conceder la pensión a servidores públicos beneficiarios de la ley 33 de 1985 mediante acto administrativo, conceden este derecho, pero no con base en los lineamientos dados por el Consejo de Estado en sentencia S.U del 4 de Agosto de 2010 (Sentencia de Unificación, 2010) y en sentencia S.U del 25 de Febrero de 2016 (Sentencia de Unificación, 2016) donde ha manifestado que el IBL debe ser cancelado conforme al promedio de lo devengado en el último año, y de otro lado ha establecido que las bonificaciones

por servicios, la prima de servicios, la prima de vacaciones, la prima de navidad y la prima de productividad constituyen factor salarial.

En ese sentido las entidades encargadas de conceder la pensión a servidores públicos, aplican la sentencia C-258 de 2013 en la cual se plasma que el IBL será calculado proporcionalmente a lo devengado en los últimos 10 años y que las bonificaciones por servicios, la prima de servicios, la prima de vacaciones, la prima de navidad y la prima de productividad no constituyen factor salarial.

Pese a que la ley estatutaria de administración de justicia prevé el principio de libertad e independencia interpretativa de las altas cortes, se trata de un mismo caso, es decir de unos mismos supuestos de hecho que a la luz del M.E.J admiten unas consecuencias jurídicas exactamente iguales, es aquí donde está el meollo del asunto, y en el cual surge la siguiente duda: ¿Qué pasa con el deber legal de las autoridades administrativas de aplicar uniformemente las normas y la jurisprudencia?

Ahora bien, es importante precisar que el M.E.J. no requiere el agotamiento de una vía ordinaria, ni procesal para su aplicación, precisamente su fin es que la litis no llegue a la vía judicial de ninguna forma, sino que las sentencias de unificación adoptadas por el Consejo de Estado sean aplicadas sin mediar un desgaste mayor, generando así, un concepto de justicia material a la mayor brevedad posible.

Pese a que uno de los intereses de este trabajo investigativo es el de exaltar las ventajas del M.E.J, es necesario eludir a la existencia de las diferentes vías que se tienen para obtener el derecho en el caso de marras, esto con el fin de contextualizar el problema. Entre esas vías se encuentra la acción de tutela que es un mecanismo constitucional que se encarga de proteger derechos fundamentales, esta tiene unas causales para su procedencia, de la misma manera que también tiene unas causales de improcedencia como son: cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Desde ya se puede mencionar la existencia de la acción de tutela como improcedente para reclamar la pensión, esto es siempre que no se trate de evitar un perjuicio irremediable, puesto que el legislador ha previsto un medio idóneo que si bien no es tan expedito como la tutela, permite alcanzar el reconocimiento de la reliquidación de la pensión como lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; ahora bien, el mecanismo de extensión de la jurisprudencia sería la vía más idónea y expedita si no existiesen las talanqueras que impiden su correcta operatividad.

1.2 Pregunta de Investigación.

¿Cuáles son los factores determinantes de la inoperatividad del mecanismo de extensión de la jurisprudencia en el caso del IBL de la ley 33 de 1985?

1.3 Delimitación del problema.

1.3.1 Delimitación temática y conceptual.

El tema de esta investigación se delimitará al análisis puntual del régimen previsto en la ley 33 de 1985, respecto a servidores públicos beneficiarios del régimen de transición, con el fin de analizar los factores que inciden en la inoperatividad del mecanismo de extensión de jurisprudencia en este caso en particular.

1.3.2 Delimitación temporal y espacial

Esta investigación se abordará fundamentalmente a partir del 2 de Julio de 2012, fecha en que entró en vigencia el actual Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo en Colombia, y en el cual se incorporó el ordenamiento jurídico colombiano el Mecanismo De Extensión de la Jurisprudencia (M.E.J); sin embargo, para analizar aspectos relacionados con el régimen de transición y el ingreso base de liquidación (IBL) de la ley 33 de 1985 se hará un recorrido por las diferentes leyes promulgadas a lo largo del tiempo para facilitar la comprensión hermenéutica del tema.

2. Objetivos

2.1 Objetivo general

Identificar los factores determinantes de la inoperatividad del mecanismo de extensión de la jurisprudencia en el caso del IBL de la ley 33 de 1985 respecto a servidores públicos beneficiarios del régimen de transición.

2.2 Objetivos específicos.

- Analizar los parámetros de interpretación sostenidos por las altas cortes sobre el ingreso base de liquidación (IBL) y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia (M.E.J) en Colombia.
- Identificar las razones por las cuales la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales (UGPP) y Colpensiones, no están aplicando el precedente jurisprudencial otorgado por el Consejo de Estado.
- Comprender la normatividad colombiana aplicable en materia pensional a los servidores públicos teniendo en cuenta sus modificaciones y evolución.

3. Justificación

El interés por desarrollar esta investigación surge a partir del problema detectado en la práctica profesional desarrollada en el Tribunal Administrativo de Antioquia en donde se pudo detectar que la mayoría de las solicitudes para la reliquidación de la pensión de los beneficiarios del régimen de la ley 33 de 1985 se hacían mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual implicaba un excesivo desgaste puesto que los magistrados se declaraban impedidos y se tenían que nombrar conjuces para poder resolver el asunto.

A raíz de tal observación se pudo establecer que el problema jurídico ya había sido resuelto por el Consejo de Estado en varias sentencias de unificación, por consiguiente se plantea el siguiente interrogante: si el Consejo de Estado ya se pronunció al respecto, ¿Por qué no se aplica a todos los casos esta solución?, se ha indagado al respecto y se descubrió que a través del M.E.J se podía acortar el camino para finiquitar tanto desgaste.

Posteriormente, se llegó a la conclusión de que el M.E.J en este caso particular no estaba operando como debería, por una serie de circunstancias que se van a desarrollar más adelante; entonces fue a partir de ese afán por buscar alguna forma alternativa para erradicar este problema jurídico que reiterativamente se presentó la siguiente reflexión:

De nada sirve hacer las cosas por hacerlas, sin un sentido, es por ello que esta investigación es una invitación a los lectores a sentirnos parte del problema y de la solución, ya que todo este desgaste judicial implica que la administración de justicia asuma gastos innecesarios, que dejando a un lado el punto de vista económico -que no deja de ser importante- se pasa a un segundo plano cuando se compara con el desgaste cronológico, puesto que el dinero se recupera pero el tiempo no.

De otro lado, éste proyecto de investigación es muy enriquecedor porque nos gustaría afirmar en un futuro cercano que en nuestro país hay una excelente administración de justicia que se afana por otorgar esa tutela efectiva a sus asociados y poder ser parte de ello; así se puede constatar que la administración de justicia está desarrollando de manera conjunta con las autoridades administrativas principios fundamentales del derecho, tales como: la eficacia, la eficiencia, y la relevancia judicial.

Acorde con lo anterior, es pertinente desarrollar este tema investigativo, ya que mediante su comprensión adecuada puede propiciarse a los estudiantes, litigantes, funcionarios administrativos y judiciales, un medio para tener un criterio y un cuestionamiento, no solo de este caso particular, sino también de muchos otros casos donde el M.E.J puede salir avante y evitar así el desgaste del que se viene haciendo referencia.

Esta investigación es pertinente y de gran utilidad, así no vaya a cambiar el rumbo del *statu quo*, y mucho menos es factible asegurar que va a incidir en un futuro en la solución efectiva de este caso. No obstante, se tiene la certeza y la convicción de que ya existen sentencias del Consejo de Estado que extendieron los efectos de sus sentencias S.U a un caso análogo al que se está abordando en esta tesis, con la salvedad de que lo anterior no continuará siendo así, hasta tanto la Sala Plena del Consejo de Estado no se pronuncie al respecto, tal como se explicará más adelante.

4. Fundamentación Teórica

4.1 Aspectos generales del mecanismo de extensión de la jurisprudencia

4.1.1 El precedente administrativo v.s el precedente judicial

En Colombia prima la corriente Romano-Germánica del derecho, aunque se tienen algunos tintes propios de la tendencia Anglosajona, y es bajo esta segunda modalidad en la que se introducirá el tema del precedente administrativo. En los últimos años desde la entrada en vigencia de la Constitución Política de Colombia ha venido cobrando fuerza el concepto del precedente, figura que es propia del sistema del Common Law y que la doctrina del *stare decisis et non quieta movere* ha definido como:

Decisión de un tribunal o un juez, tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso, y necesaria para el establecimiento del mismo, es una autoridad, o precedente obligatorio, para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango, en subsiguientes casos en que se planteé otra vez la misma cuestión (Sesma, 1995, pág. 31).

El precedente administrativo es una figura jurídica sin consagración expresa en nuestro ordenamiento jurídico colombiano, sin embargo es posible demostrar su existencia, dado que ya desde la expedición de la ley 1395 de 2010 era posible advertir sus comienzos, sin embargo posteriormente la ley 1437 de 2011 en su artículo 309 derogó el artículo 114 de esa ley, disposición normativa que contemplaba el deber de las autoridades de adoptar decisiones conforme a 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. De allí se tiene que el precedente administrativo está íntimamente relacionado con el precedente judicial y lo ideal es que estos confluyan armónicamente y se desarrollen mutuamente.

No obstante, la realidad es otra, muchas veces es posible encontrar que las autoridades administrativas expiden actos administrativos sin tener en cuenta el precedente judicial y así mismo en sentido contrario también es posible que las autoridades judiciales hagan un control de dichos actos, obviando el precedente administrativo.

De allí que sea importante dejar claro que no se trata de que las autoridades judiciales suplan las funciones de las autoridades administrativas, sino que se pretende realizar un control de legalidad sobre los actos administrativos. Con respecto a lo anterior, hay que decir que el precedente es una figura aplicable para predicar el carácter vinculante de las decisiones tanto en sede administrativa como en sede judicial, con la salvedad de que si bien el precedente no es una figura aplicable exclusivamente a las autoridades judiciales, el precedente judicial siempre será la pauta interpretativa para el segundo; en otras palabras el precedente administrativo siempre estará subordinado al precedente judicial.

Ahora bien, de acuerdo con López (2015), es común que el término de precedente se asocie o se relacione únicamente con el ámbito judicial y la razón por la cual se llega a esta imprecisión, es porque luego de la lectura del artículo 230 de la Constitución Política de Colombia queda la sensación de que el mensaje normativo de la jurisprudencia como criterio auxiliar solo estuviese dirigido a la actividad judicial, es más así está consagrado, con la salvedad de que no emplea la palabra “solo” dentro de su redacción, razón por la cual es dable acoger la interpretación sistemática que López hace de la norma así:

(...) Podría inferirse que los destinatarios de la fuerza vinculante de la jurisprudencia no solo son los jueces y que por tal razón en primer término, la llamada a conocer y respetar tales precedentes jurisprudenciales es la administración pública (López, 2015, pág. 331).

Teniendo claro que es posible desligar el concepto de precedente judicial y el administrativo, es preciso hablar de la discrecionalidad administrativa, como un presupuesto para el surgimiento del precedente administrativo en el ordenamiento jurídico, toda vez que el precedente administrativo nace como una limitante a ese poder discrecional de la administración que predicaba el artículo 36 de Decreto 01 de 1984, anterior código contencioso administrativo.

Existen muchas definiciones doctrinarias de lo que es la discrecionalidad administrativa, sin embargo se puede extraer de las diversas definiciones que, en términos generales la discrecionalidad administrativa es: La facultad que tiene la administración en determinados eventos de emitir una decisión, permitiéndose apreciar libremente unos hechos, en aras de adoptar una decisión en un caso particular, para lo cual la Corte Constitucional se ha tomado el tiempo de aclarar lo siguiente:

Lo discrecional no puede confundirse con lo arbitrario ni con la ausencia de motivos para proferir determinada decisión, ya que dicha discrecionalidad no es absoluta, sino que se circunscribe a unos fines específicos y a la proporcionalidad entre la decisión de la Administración y los hechos que le dan fundamento a la misma; además, por cuanto la decisión adoptada por la Administración debe encontrar fundamento en motivos suficientes que permitan diferenciar la actuación administrativa discrecional de la arbitraria y del abuso de las facultades otorgadas (Sentencia T 064, 2007).

Con todo lo anterior, partiendo de la premisa de que el precedente administrativo surge del concepto de discrecionalidad administrativa, previo a tratar el tema del mecanismo de extensión de la jurisprudencia, hay que tener

claro el concepto de precedente administrativo, esto con el fin de no generar dudas más adelante, ni confusiones al respecto, para lo cual se acoge la siguiente definición:

El precedente administrativo: Es aquella figura jurídica que en virtud de los principios de buena fe, seguridad jurídica, igualdad, y confianza legítima, vincula a la administración, y la obliga a seguir una línea de decisión cuando se resuelvan conflictos por vía administrativa, siempre y cuando subsistan las mismas circunstancias de hecho y de derecho (Bedoya, 2014, pág. 213).

De acuerdo con Bedoya (2014), el hecho de que el administrado pueda conocer decisiones previas de la administración, implica que el mismo espere de la administración un resultado semejante, razón por la cual esos resultados se constituyen en expectativas legítimas que la administración debe respetar y garantizar so pena de vulnerar principios tales como: el principio de confianza legítima y de igualdad.

No obstante, lo anterior debe de entenderse así, sin perjuicio de la posibilidad que tiene la administración de variar su criterio interpretativo haciendo uso de esa facultad discrecional; pues bien, es así como en el ámbito jurisdiccional los jueces pueden apartarse de sus interpretaciones anteriores. Igualmente, la administración también lo puede hacer; para ello, la Honorable Corte Constitucional ha establecido los requisitos que deben seguir los funcionarios administrativos cuando requieran variar sus decisiones, así:

(...) Cuando los funcionarios administrativos se vean enfrentados a esta eventualidad, deberán (i) aplicar la misma línea conductora exigida por la jurisprudencia constitucional para el cambio de los precedentes judiciales, respetando obviamente las diferencias que existan entre ambas

situaciones, (ii) ser conscientes de que el cambio en la interpretación debe estar correctamente sustentado y motivado: el funcionario administrativo debe hacer explícitas las razones por las cuales se aparta de la hermenéutica anterior, (iii) omitir modificaciones súbitas o descontextualizadas: de una parte, el funcionario no puede cambiar la interpretación de repente, y de la otra, debe permanecer atento al cambio de las circunstancias históricas o de la situación socioeconómica del país, es decir, debe atender el contexto en que operará su determinada aplicación del derecho; y por último, y obviamente (iv) consultar los cambios introducidos en las fuentes formales del derecho y en las interpretaciones de los tribunales encargados de la unificación (Sentencia T 545, 2004, pág. 3).

Para finalizar, hay que recalcar o hacer énfasis en que el precedente administrativo de acuerdo con Bedoya (2014) realmente obliga a la administración y aplica, en términos generales a todas las entidades públicas, por cuanto estas tienen el deber de motivar sus decisiones, exponiendo los motivos por los cuales se aparta de las decisiones anteriores, esto es así en tanto que la administración está sometida a sus propias decisiones y como se vio también está subordinada al precedente judicial, pues de no ser así, estaría atentando contra los principios constitucionales y axiológicos de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima.

4.1.2 Clasificación doctrinaria del precedente

La doctrina del stare decisis ha realizado una clasificación general del precedente en términos generales y ha establecido que existen precedentes declarativos, creativos, obligatorios y persuasivos, y a su vez precedentes

obligatorios divididos en: precedentes absolutamente obligatorios y precedentes condicionalmente obligatorios, para lo cual Iturralde (1995) explica claramente en que consiste cada uno de estos, así:

Gráfico N° 1: Tipos de precedentes

Precedentes declarativos y creativos	Precedentes declarativos: Es aquel que es meramente aplicación de una norma jurídica ya existente.
	Precedentes creativos: Es uno que crea y aplica una nueva norma.
Precedentes obligatorios y persuasivos	
Precedentes persuasivos: Es aquel que los jueces no tienen la obligación de seguir, pero que deberían tomar en consideración.	
Precedentes obligatorios: Es aquel que los jueces deben seguir, lo aprueben o no. Este a su vez se divide en:	
Precedentes absolutamente obligatorios: definidos como aquellos cuya decisión es totalmente obligatoria y debe ser seguida aunque se considere que no es razonada o que es errónea.	Precedentes condicionalmente obligatorios: Estos le atribuyen al tribunal un poder limitado de prescindir de él: esto tiene lugar no cuando se considera que la decisión es incorrecta, sino que es tan claramente incorrecta que su revocación es demandada en interés de la correcta administración de justicia.

Fuente: (González y Cardona, 2017).

De acuerdo con dicha clasificación se puede afirmar que el precedente administrativo es un precedente declarativo, y condicionalmente obligatorio, toda vez que en Colombia, las autoridades en uso de la discrecionalidad administrativa pueden variar sus decisiones, incluso como lo señala el artículo 102 del CPACA, es posible que las autoridades puedan apartarse del precedente judicial y negar la petición de extensión de los efectos de la sentencia de unificación siempre que motive su decisión basándose en una de estas tres consideraciones:

- 1) Por la necesidad fundamentada de un período probatorio para demostrar que el demandante carece del derecho invocado;
- 2) Por la diferenciación fáctica entre la situación del solicitante y aquella resultado de la sentencia de unificación invocada;
- 3) Por la discrepancia con la interpretación de las normas aplicables hecha en la sentencia de unificación (Sentencia C - 816 , 2011).

Esta última consideración -por la discrepancia con la interpretación de las normas aplicables hecha en la sentencia de unificación- permite reafirmar que: muy a pesar de que el deber ser, sea que: el precedente administrativo, deba de estar en íntima consonancia con el precedente judicial, no siempre es así. Sin embargo, aunque el precedente administrativo está subordinado al precedente judicial, las autoridades no pierden su facultad discrecional de hacer valer su punto de vista, siempre y cuando motiven su decisión, pues de lo contrario dejaríamos de lado las decisiones discrecionales y entraríamos en la órbita de las decisiones arbitrarias. Se llega a esta conclusión, sin perjuicio de que cada lector determine cuál es en su criterio la clasificación que se acopla mejor al precedente administrativo. En el mismo sentido la Honorable Corte Constitucional ha señalado que:

Específicamente, en relación con las autoridades administrativas, la Corte aludió a la posibilidad del correlativo apartamiento administrativo, como posibilidad válida con que cuenta la administración para discutir los precedentes jurisprudenciales de los órganos judiciales de cierre y, con ello, sustraerse de la fuerza vinculante de los mismos, de manera excepcional y a través de un procedimiento exigente de argumentación (Sentencia c 588, 2012).

Dicho procedimiento de acuerdo con la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado consiste en una serie de pasos o prerrogativas que las

entidades estatales deben tener en cuenta al momento de adoptar la decisión administrativa con el fin de evitar conflictos, razón por la cual su argumentación debe ser más exigente entre las cuales están comprendidas las siguientes:

(i) Identificar las normas aplicables al caso; (ii) identificar y aplicar las sentencias de los órganos de cierre en que dichas normas se hayan interpretado (sean o no de unificación), salvo que existan razones constitucionales serias y fundadas para apartarse de dichos precedentes; (iii) en el evento en que no haya una interpretación judicial previa de las normas aplicables o que estas sean contradictorias, deberá preferirse la interpretación que mejor desarrolle los valores, principios y derechos constitucionales; (iv) en cualquier caso, será necesario hacer una motivación expresa y suficiente sobre la existencia o no de un precedente judicial y de su aplicación o apartamiento; y (v) cuando adicionalmente haya una sentencia de unificación jurisprudencial todos los anteriores deberes se verán reforzados y serán aún más exigentes, en la medida en que, en caso de inobservancia, permitirán activar los mecanismos para garantizar su eficacia, a los que se hará referencia más adelante (Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, 2014, pág. 47).

En resumen, la discrecionalidad administrativa es al precedente administrativo lo que el principio de la autonomía de la administración de justicia e independencia de los jueces es al precedente judicial o sea que, tanto las autoridades judiciales como las administrativas pueden apartarse de sus propios precedentes siempre y cuando así lo motiven, incluso como se vio antes, las autoridades administrativas pueden apartarse del precedente judicial.

De otro lado, como se sabe la jurisprudencia es, en un principio fuente material del derecho, es decir que no es un criterio vinculante para los jueces y decimos en un principio porque tal afirmación requiere matizarse, ya que en ocasiones el precedente judicial si es vinculante y los jueces no se pueden apartar de él sin una

razón de peso, es decir que tanto el precedente judicial como el administrativo admiten la misma clasificación; en otras palabras ambos precedentes son: precedentes declarativos, y condicionalmente obligatorios. Es así como la misma Corte Constitucional lo ha decantado afirmando que:

Si bien la obligatoriedad de la jurisprudencia es instrumento de realización de la igualdad, el sistema jurídico que nos rige -asentado en la primacía de la Legislación como fuente de derecho- no permite que la fuerza vinculante de las sentencias de los órganos de cierre pueda vaciar de contenido o anular completamente el principio de la autonomía de la administración de justicia e independencia de los jueces en la interpretación y aplicación de la Constitución y la Ley, incluso frente a decisiones de los órganos judiciales de cierre; máxime teniendo en cuenta la definición expresa que realiza la Constitución de la jurisprudencia (CP, 230.2), como criterio auxiliar de la actividad judicial (Sentencia C - 816 , 2011).

En consecuencia con todo lo anterior se tiene que, de la misma manera que la prevalencia de la ley es necesaria para crear derecho mediante su aplicación a un caso concreto, también es necesaria la prevalencia de la aplicación de la jurisprudencia para la solución de ciertos casos, en otras palabras ambos sistemas se deben combinar, tanto el Common Law como el Civil Law, ya que la jurisprudencia es el fruto de un proceso judicial de alta trascendencia que se constituye como una premisa a aplicar en litigios semejantes con el fin de contribuir a la descongestión del aparato judicial.

Todo cambio empieza como una utopía, es decir como un proyecto beneficioso pensado en un momento en el que no es posible su realización, en este caso en particular surgió la utópica idea de darle prevalencia a la aplicación al precedente judicial y administrativo basándonos en un sistema como el Common Law, sin

dejar de lado y respetando siempre nuestro sistema propio de fuentes, esto es reconociendo la necesidad de acogernos a un sistema mixto, donde cada vez empiece a cobrar más fuerza el concepto de jurisprudencia como fuente formal del derecho.

Lo que se pretende finalmente es exaltar el valor de la jurisprudencia como medio para impedir que nuestros jueces y tribunales se dediquen al análisis de casos semejantes, pudiendo dedicar su valioso tiempo a resolver casos nuevos, ahora bien, pese a lo llamativo que puede sonar dicha idea, nuestro país no está preparado aún para adoptar ni siquiera parcialmente un sistema como ese, puesto que el hecho de prescindir de un periodo probatorio al punto de limitarse a acreditar unos mismos supuestos jurídicos resultaría para muchos una pérdida de tiempo, ya que si las personas no logran satisfacer sus intereses través un proceso judicial, mucho menos lo harían a través de una simple solicitud de extender los efectos de las resultas de otro proceso, (como en el caso de M.E.J) esa es la concepción que tienen muchos y que a la postre resulta siendo verídica.

En síntesis, es inconcebible que en una sociedad tan practica como la nuestra en la que siempre se buscan formas de abreviar, facilitar y agilizar las cosas, existan jueces y tribunales que se dedican a repetir las mismas consideraciones de otros jueces, sin embargo es necesario precisar que el problema no es que los jueces repitan las mismas consideraciones, porque como se sabe en el derecho siempre existirán casos semejantes y repetitivos, el meollo del asunto es que no se apliquen esas mismas consideraciones para la solución de un caso análogo; en efecto, el aparato jurisdiccional no está diseñado para eso, el aparato judicial está previsto para resolver litigios que no han sido resueltos, es por tal motivo que se aspira a que un futuro cercano el mecanismo de extensión de la jurisprudencia este en auge y en su máximo esplendor porque solo así los colombianos podríamos ser partícipes de una correcta y adecuada administración de justicia.

4.1.3 Mecanismo de extensión de la jurisprudencia

Es importante en este apartado otorgar un reconocimiento especial a la publicación realizada por la Sala De Consulta y Servicio Civil del Consejo De Estado con el auspicio del Ministerio de Justicia y del Derecho sobre las sentencias de unificación y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia, dicha publicación nos permitirá dar a conocer los aspectos teóricos fundamentales para definir puntualmente dicho mecanismo. En dicha publicación se hace alusión en términos generales a que el M.E.J: “Es una herramienta que empodera a las personas en su facultad de exigir la efectividad de sus derechos y la aplicación uniforme de las normas en sede administrativa” (Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, 2014, pág. 12).

Dicho mecanismo ostenta múltiples cualidades y otorga beneficios tanto en sede administrativa como en sede judicial; desde el punto de vista de la administración evita el surgimiento desmesurado de procesos judiciales y le permite a la administración tener facultades para la protección efectiva de los derechos de los ciudadanos, y desde el punto de vista del aparato judicial descongiona los despachos judiciales, lo cual les permite a los jueces conocer de asuntos de mayor envergadura.

El trámite en términos generales es el siguiente:

A partir de la existencia de fallos de unificación jurisprudencial, la administración se encuentra en la obligación de aplicar a otros casos lo resuelto en ellos, siempre que exista similitud de objeto y causa. Para estos efectos, el interesado debe acudir inicialmente ante la administración solicitando la aplicación del criterio jurisprudencial. La administración cuenta con treinta días para resolver

la solicitud. Si la respuesta es negativa o se guarda silencio, el interesado puede acudir al Consejo de Estado para adelantar una actuación en la que, previo traslado a la entidad correspondiente, se definirá la extensión y adaptación de los efectos del fallo. En caso de que la jurisprudencia invocada no sea aplicable o no exista similitud de objeto y causa, se enviará el asunto al juez competente para que lo resuelva en la forma ordinaria. El trámite ante la administración y el Consejo de Estado suspende el término para acudir a la jurisdicción (Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, 2014, pág. 25).

El M.E.J surge en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la facultad contenida en el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010, es decir como antecedente más próximo, pues allí se otorgaban facultades de extender los efectos de una sentencia a otros casos similares cuando previamente existiera un precedente; dicha facultad estaba dirigida única y exclusivamente a los funcionarios judiciales, por tal razón el M.E.J surge como una figura novedosa que cambia el paradigma que se tenía sobre los destinatarios de la fuerza vinculante de la jurisprudencia.

Es así como en la publicación ya citada se resalta la importancia del deber de las autoridades administrativas de tener en cuenta las sentencias del Consejo de Estado, respetando siempre las sentencias de la Corte Constitucional, (art. 10 CPCA), pues estas son de aplicación preferente; esto con el fin de garantizar y hacer efectivos los principios constitucionales de: la seguridad jurídica, coherencia en la aplicación del derecho e igualdad de trato en la solución de los asuntos administrativos y judiciales.

Como se viene diciendo, el M.E.J, faculta a los ciudadanos para que simplemente soliciten a las entidades públicas la extensión de las sentencias de unificación jurisprudencia del Consejo de Estado, siempre y cuando acrediten los mismos supuestos facticos y jurídicos, pues para ello no es necesario iniciar un proceso judicial.

Ahora bien, en el evento en el que los funcionarios administrativos guarden silencio o nieguen la petición, los ciudadanos cuentan con una última instancia, la cual consiste en el hecho de que puede acudir directamente al Consejo de Estado para que este órgano determine si hay lugar a extender los efectos de la sentencia invocada (Artículo 269 CPACA). En síntesis, el mecanismo de extensión de la jurisprudencia surge como un eje articulador entre la sede administrativa y la sede judicial; es decir, que esta última ópera a falta de la primera.

4.1.4 Configuración legal de las sentencias de unificación jurisprudencial

Es menester especificar a partir de este momento cuáles son las sentencias de unificación a las que se hace referencia, es decir las que permiten extender sus efectos a otros casos similares, siempre que se acrediten unos mismos supuestos de hecho para dar aplicación al Mecanismo de Extensión de la Jurisprudencia; para ello, al tenor del artículo 270 del CPACA se tiene que son sentencias de unificación:

- (i) Las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia art. 271: Para ello son competentes la Sala Plena del Consejo de Estado en relación con los asuntos provenientes de las secciones de la Corporación, y las secciones del Consejo de Estado en relación con los asuntos que provengan de sus subsecciones o de los tribunales administrativos (Ley 1437 , 2011).
- (ii) Las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado al decidir los recursos extraordinarios de revisión y de unificación de jurisprudencia, que en la Ley 1437 se regulan en los artículos 248 y ss, y 256 y ss

respectivamente, el primero tiene por objeto corregir sentencias que pueden resultar arbitrariamente injustas por las causales que taxativamente se contemplan en la norma y el segundo tiene relación con el propósito de asegurar la unidad de interpretación del derecho y la aplicación uniforme de las sentencias. (Ley 1437 , 2011)

- (iii) Las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado relativas al mecanismo eventual de revisión de acciones populares y de grupo, el cual quedó incorporado en el artículo 272 ibídem y procede contra las sentencias o providencias que no sean susceptibles del recurso de apelación ante el Consejo de Estado (Ley 1437 , 2011).

Es muy frecuente que la mayoría de personas consideren que como el M.E.J comenzó a regir a partir de la vigencia de la ley 1437 de 2011, es decir a partir del 2 de julio de 2012 y que solo se consideran sentencias de unificación de jurisprudencia las que se hayan proferido con posterioridad a esa fecha, CRASO ERROR, pues la misma Sala de Consulta del Servicio Civil del Consejo de Estado ha llegado a una conclusión totalmente contraria, puesto que el mismo artículo 270 CPCA expresamente consagra:

(...) “Se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado” (...) -Ley 1437, 2011-; Adicionalmente, llega a dicha conclusión teniendo en cuenta que:

La función de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado no nace con el CPACA sino que es anterior al mismo, en la medida en que se trata de una atribución connatural a la condición de Tribunal Suprema de lo Contencioso Administrativo que le otorga el artículo 237 de la Constitución Política (Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, 2014, pág. 30).

Otro error común es considerar que las sentencias que no son de unificación pierden el valor de precedente y por ende el carácter vinculante para las autoridades administrativas; esto ha sido objeto de múltiples sentencias, incluso la Corte Constitucional en sentencia C- 588 de 2012 al declarar exequible el artículo 270 del CPACA y rechazar el cargo relacionado con la pérdida de valor de las sentencias del Consejo de Estado no incluidas en la definición de dicho artículo, ha afirmado lo siguiente (Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, 2014):

Ahora bien, en cuanto a la presunta omisión en el mecanismo de extensión de otras sentencias del Consejo de Estado distintas de las de unificación jurisprudencial, téngase en cuenta que, como bien se ha dicho, estas sentencias de unificación cumplen la función especial y específica de ordenar y clarificar el precedente aplicable. En este sentido, es plenamente razonable que sean estas sentencias y no otras del Consejo de Estado, las llamadas a ser aplicadas en el mecanismo de extensión de jurisprudencia. Las demás sentencias del Consejo de Estado siguen teniendo su valor como precedente del órgano de cierre de lo contencioso-administrativo, pero son un tipo especial de providencias –las sentencias de unificación jurisprudencial– a las que el Legislador, en ejercicio de su poder de configuración normativa, asignó la potestad de ser aplicadas en el mecanismo de extensión de jurisprudencia, que tienen la virtud de evitar la realización de un proceso y de facilitar el acceso directo al Consejo de Estado (Sentencia c 588, 2012, pág. 19).

Hay que mencionar además que la configuración legal de las sentencias de unificación del Consejo de Estado no obedece a un simple capricho del legislador sino que se les da el carácter de tal en aras de desarrollar tres principios básicos como lo son: la igualdad, la seguridad jurídica y la coherencia del ordenamiento

jurídico, para ello de acuerdo con la Sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado, el legislador no solo se limitó a establecer la categoría particular de sentencias de unificación jurisprudencial (artículo 270), sino que estableció diversos mecanismos de activación judicial y administrativa orientados a garantizar su eficacia (Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, 2014).

En otras palabras, la función de unificación jurisprudencial no se desarrolla única y exclusivamente a través del M.E.J contemplado en el artículo 102 CPACA, ni se agota en el deber de las autoridades administrativas de garantizar la aplicación uniforme de las disposiciones normativas y jurisprudenciales en casos similares, tal como lo preceptúa el artículo 10 de CPACA, antes bien el legislador ha previsto otros mecanismos para exaltar y garantizar la eficacia de esta función de unificación jurisprudencial que detenta el Consejo de Estado como máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Es así como en los artículo 256 y ss y 272 y ss del CPACA ha previsto el legislador el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia y el mecanismo eventual de revisión de las acciones populares o de grupo respectivamente, los cuales proceden ante el desconocimiento por parte del Tribunal Administrativo de las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado. Adicionalmente, en el artículo 303 parágrafo ibídem se desarrolla el deber en cabeza del Ministerio Público de velar por la aplicación efectiva de la unificación de la jurisprudencia al momento de la conciliación, y por último le otorga la Sala Plena del Consejo de Estado la facultad prevista en el artículo 271 de dictar sentencias de unificación jurisprudencial cuando existan razones de importancia jurídica, de trascendencia económica, o social o necesidad de sentar jurisprudencia.

4.2 Aspectos generales sobre el ingreso base de liquidación y aspectos relacionados

4.2.1 Régimen de transición

Es una garantía que tiene como finalidad respetar algunos derechos a cierto grupo de trabajadores, que por estar cerca del cumplimiento de unos requisitos para acceder a la pensión se le siguen aplicando ciertos aspectos de la normatividad anterior. Así mismo un régimen de transición constituye un mecanismo especial que suelen establecer las leyes para regular el tránsito de una legislación a otra, con respecto a las expectativas legítimas que poseen las personas de poder pensionarse bajo las condiciones previstas antes del cambio de legislación. Frente a esto último hay que hacer énfasis en lo siguiente: En un régimen de transición lo que se protege no son los derechos adquiridos sino las expectativas legítimas, es así como lo ha decantado la honorable Corte Constitucional afirmando que:

El régimen de transición no constituye un derecho adquirido o algo parecido, sino la expectativa legítima que tiene una persona de acceder a una pensión de vejez con los requisitos previstos en él, sin que ello implique renuncia del legislador a modificar las condiciones y requisitos en la forma como se otorga una pensión, en razón a que el legislador con fundamento en su libertad de configuración normativa frente al tema de los requisitos pensionales, no está obligado a mantener en el tiempo las expectativas que tienen las personas conforme a las leyes vigentes en un momento determinado (Sentencia c 754 , 2004, pág. 22)

Por su parte el Consejo de Estado ha entendido en un sentido más garantista que esta libertad de configuración normativa del legislador debe ser empleada en pro de garantizar estas expectativas legítimas de las personas y no en desmedro de las mismas, al punto de llegar a afirmar que si bien el derecho a la pensión no es un derecho constitucional adquirido, sino una expectativa legítima, estos beneficiarios si tienen un derecho adquirido a que se les aplique el régimen de transición y por ende el IBL más favorable, teniendo en cuenta la inescindibilidad de la norma; en palabras del Consejo de Estado: “Entiéndase, el derecho al régimen o sistema de transición y no a la prestación, pues esta no se había consolidado (...)”. (Sala 22 especial de decisión, 2017).

La modificación de condiciones legales para obtener el derecho pensional generaba una carga que las personas en ciertas condiciones no estaban obligadas a soportar, en la medida en que tenían una expectativa de adquirir su pensión con los requisitos que venían gobernando el tema, hecho que obligaba al legislador a intervenir para no modificar esas condiciones, creando lo que se denominó “régimen de transición” para proteger unas “expectativas legítimas” para que quienes estuvieran en él, fueran amparados por la normativa que regía antes de la reforma, convirtiéndose así, en un verdadero derecho. Consejo de Estado (2017).

Contrario a la interpretación sostenida por el Consejo de Estado se cuenta con que de la lectura de la disposición contenida en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, la cual permite inferir que el régimen de transición sí es un derecho adquirido que permite por demás la aplicación del principio de favorabilidad pero única y exclusivamente si la persona cumplió con los requisitos conforme a normas favorables anteriores a la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993.

Sobre este punto se dará a conocer el punto de vista que se ha acogido en la presente investigación, sin perjuicio de que usted, apreciado lector pueda acoger un punto de vista diferente al que aquí se alude; particularmente se adopta el entendimiento del Consejo de Estado, pues si bien la norma es clara al respecto

e indica que solo habrá lugar a aplicar el principio de favorabilidad en el evento de que se hayan acreditado previamente los requisitos para acceder a la pensión, no se encuentra una razón válida para acogerse a dicha interpretación porque precisamente el fin de un régimen de transición es garantizar esas expectativas legítimas que solo se hacen efectivas a la hora de una correcta aplicación de la norma teniendo en cuenta la situación más favorable.

4.2.2 Requisitos para ser beneficiarios del régimen de transición

El sistema general de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, al entrar en vigencia, el 1 de Abril de 1994 para los particulares y 30 de Junio de 1995 para el sector público a nivel territorial, pretendió solucionar varios problemas que se venían presentando, por lo que unificó el régimen pensional del sector público y privado, excepto para los excluidos, y para los beneficiarios del régimen de transición.

Es así como en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 consagró que serán requisitos para ser beneficiarios del régimen de transición, tener para la fecha de entrada en vigencia, el sistema general de pensiones 35 años o más si se es mujer y 40 años o más si se es hombre, o tener 15 años o más de servicios cotizados; estos requisitos son excluyentes, es decir no se requiere cumplir con los dos.

Así, los pasos para verificar si una persona es beneficiaria o no del régimen de transición son los siguientes:

1. Verificar si la persona cumple con los requisitos del inciso segundo del artículo 36, Ley 100 de 1993.
2. Verificar si la persona tiene al 29 de Julio 2005, 750 semanas cotizadas, si la respuesta es sí, lo cobijará el régimen de transición hasta el 31 de

diciembre de 2014, pero si no tiene dichas semanas solo se le aplicará el régimen de transición si cumple con el lleno de los requisitos para el 2010.

3. Que la persona cumpla con la edad requerida antes del 31 de diciembre de 2014, es decir la edad prevista en el decreto 758 de 1990 para el sector privado y en la ley 33 de 1985 para el sector público.

Con respecto a lo anterior, estos son apenas presupuestos para ser beneficiarios del régimen de transición, es decir para que se les puedan respetar las condiciones previstas en la legislación anterior, de ahí que sea necesario tener claro qué condiciones se les van a respetar a las personas beneficiarias del régimen de transición, por lo que este artículo 36 ídem hace referencia a tres cosas puntuales: La edad o tiempo de servicio, el tiempo o semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez.

Por consiguiente, ser beneficiario del régimen de transición no es sinónimo de haber adquirido el derecho a la pensión, es decir que para culminar esta serie de pasos hay que agregar un cuarto paso para poder afirmar que una persona es beneficiaria del régimen de transición, y adicionalmente tiene derecho a la pensión; este último paso es analizar si la persona cumple con los requisitos previstos en la legislación anterior a la transición.

De otra parte, hay que mencionar que existen dos regímenes pensionales, el régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y el régimen de prima media con prestación definida (RPM), frente al primero no se consagra un régimen de transición, por el contrario frente a este último sí; es por esto que el artículo 36 ídem, contempla que: El régimen de transición no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al RAIS, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen; así mismo los que estando en el RAIS decidan voluntariamente cambiarse al RPMPD.

Frente a la pérdida y recuperación del régimen de transición se ha entendido que habrá pérdida si la persona se traslada en virtud de la edad, ya que por el

segundo requisito (15 años o más de servicio) no se pierde el régimen de transición. Entonces una persona con 15 años o más de servicio así se pase al RAIS no pierden la transición ya que pueden regresar al RPMPD siempre y cuando se le dé la posibilidad de aportar la diferencia que haga falta, puesto que los montos deben ser equivalentes a los que hubiera aportado si estuviera en RPMPD (Decreto Reglamentario 3800, 2003).

Esto lo ha venido decantado así en varias oportunidades la honorable Corte Constitucional en las sentencias C 789/2002, C 1024/04 y S.U 062 de 2010 al igual que ha dicho que para el caso de la transición no aplica la restricción contenida en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 de que faltando 10 años para adquirir el derecho no se puede haber traslado de régimen.

4.2.3 Parámetros de interpretación sostenidos por las altas cortes sobre el IBL

Dicho apartado constituye el punto más álgido de toda la investigación, porque aquí radica todo el problema que genera la divergencia interpretativa entre las Altas Cortes sobre lo que se debe de entender por **IBL –ingreso base de liquidación-**, en términos generales ha existido cierto consenso entre diferentes doctrinantes y personas conocedoras del tema, las cuales entienden que el IBL es el promedio de los salarios que cotizó una persona en un periodo de tiempo determinado, este tiempo puede ser el promedio de lo devengado en sus últimos 10 años cotizados, el promedio de los salarios que cotizo una persona durante toda su vida laboral o el promedio de lo devengado en el último año, frente a esto último si hay cierta discordia.

Por lo que se refiere al monto, se puede entender por este, el porcentaje del IBL con el que se determinará el valor de la mesada pensional, así mismo por esta se entiende como el resultado de multiplicar el IBL por el Monto. Estas definiciones

van a permitir cuestionar si tales conceptos merecen tal entendimiento o si por el contrario deberían ser entendidos en otro sentido; sin embargo, esta investigación acoge tales definiciones, sin el ánimo de pretender que sean acogidas por los lectores, por el contrario lo que se pretende es que cada lector haga una interpretación y asuma una postura interpretativa de acuerdo a los argumentos que en este acápite se exponen.

En primer lugar, hay que decir que la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia sostienen un mismo parámetro de interpretación y manejan un concepto desligado del IBL respecto de los otros elementos, contrario a la visión del Consejo de Estado que sostiene un concepto de inescindibilidad, en donde muchos doctrinantes realizan la crítica de que el Consejo de Estado confunde dos conceptos esenciales como lo son el monto y el IBL, porque pareciera que para esta corporación no existiese una distinción entre los mismos.

La interpretación que el Consejo de Estado hace del IBL propende por la prevalencia de los derechos del empleado público mientras que la interpretación que la C.C y la C.S.J hacen del IBL propende por la prevalencia del sistema general de pensiones donde se busca que no haya un desequilibrio financiero por mesadas pensionales exorbitantes.

En el siguiente extracto de sentencia de la C.S.J se puede vislumbrar esta situación así:

(...) El régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 conservó, para sus beneficiarios, la aplicación de la normatividad anterior, en lo relativo a edad, tiempo de servicios y monto de la prestación, pero no en lo relacionado con el ingreso base de liquidación, el cual está sometido inicialmente a lo dispuesto en el inciso 3 ibídem (Sentencia 41525, 2015).

La Corte Suprema de Justicia recurriendo a sentencias proferidas por la Corte Constitucional se ampara en el amplio poder de configuración normativa que ostenta el legislador a la hora de regular el régimen de transición para proteger las

expectativas de los ciudadanos, como las referidas a los derechos prestacionales para determinar que el hecho de que unos aspectos sean definidos por la legislación anterior y otros por la legislación posterior, no constituye un exabrupto jurídico; en palabras de la Corte Suprema:

Esa mixtura normativa, no constituye un exabrupto jurídico, pues es característica de los regímenes expedidos para regular transiciones normativas, surge del propio texto de la ley y no es resultado de una caprichosa interpretación de las normas que instituyeron el sistema de seguridad social integral en pensiones. (...) Y continúa su argumentación afirmando que: Desde luego, esos regímenes pueden tener diferentes modalidades respecto de la utilización de la nueva preceptiva y la vigencia de las normas derogadas o modificadas, de ahí que no impliquen necesariamente la aplicación, en su integridad, de estas normas, que, por lo general, consagran beneficios más favorables al trabajador o al afiliado a la seguridad social (Sentencia 41525, 2015).

Ahora con respecto a la interpretación que el Consejo de Estado y a quien le interese profundizar al respecto, es pertinente traer a colación algunos extractos de la video-conferencia, realizada por el magistrado Cesar Palomino Cortez donde se puede evidenciar y constatar cada una de las razones argumentativas que aquí se exponen, -todo debidamente soportado con las sentencias proferidas por el Consejo de Estado-.

A manera de relato se ilustrará a continuación para sintetizar sobre lo que aquí importa, lo expuesto por dicho magistrado, esto es respecto al problema que se ha suscitado con relación a la interpretación del IBL contenido en el artículo 36 de la ley 100. De otro lado, también hay que tener presente que el problema interpretativo se da únicamente frente a las pensiones reconocidas, bajo el

amparo del régimen de transición, frente a las demás hay absoluta armonía entre las Altas Cortes.

Ahora bien, de acuerdo con Cortez (2017) de la desafortunada redacción del artículo 36 de la ley 100 de 1993 se han desatado dos interpretaciones: Una interpretación, que es la del Consejo de Estado y otra que es la de la Honorable Corte Constitucional; por tanto, los beneficiarios del régimen de transición acuden a la interpretación que de la norma hace el Consejo de Estado porque le resulta más favorable y la entidad previsor de pensiones recurre a la interpretación que de la norma ha realizado la Corte Constitucional porque le resulta más favorable a sus intereses.

El inciso tercero del artículo 36 de la ley 100 en lo que respecta al IBL no es otra cosa que una reproducción del artículo 21 de la ley 100, este inciso según (Cortez, 2017) trae unos parámetros muy diferentes a los que traían los regímenes anteriores a la ley 100 para efectos de liquidar el IBL, lo cual marca una diferencia abismal, respecto de la aplicación de una norma u otra, teniendo en cuenta que la normatividad anterior era más favorable al trabajador, dicho inciso contempla lo siguiente:

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE (Ley 100 , 1993)

La interpretación que el C.E le da a la norma es que este inciso anteriormente transcrito, no queda incluido dentro del régimen de transición, es decir que el régimen de la transición no solo comprende el tema de la edad, el tiempo (numero semanas), y el monto, sino que también comprende el IBL de la normatividad

anterior a la vigencia de la ley 100; es decir que el IBL para el Consejo de Estado sí es un aspecto del régimen de transición, contrario a la interpretación de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, tal como se explicó inicialmente (Cortez, 2017).

El IBL que contemplaba la ley 33 de 1985 normatividad anterior, era el promedio de todo lo devengado por el trabajador en el último año, este es el IBL que se debe aplicar según el consejo de estado, lo cual permite inferir que no es que el C.E confunda el concepto de monto y de IBL, sino que omite el IBL que consagró el legislador para regular los aspectos del régimen de transición. Contrario a esta interpretación para la C:C y C.S.J:

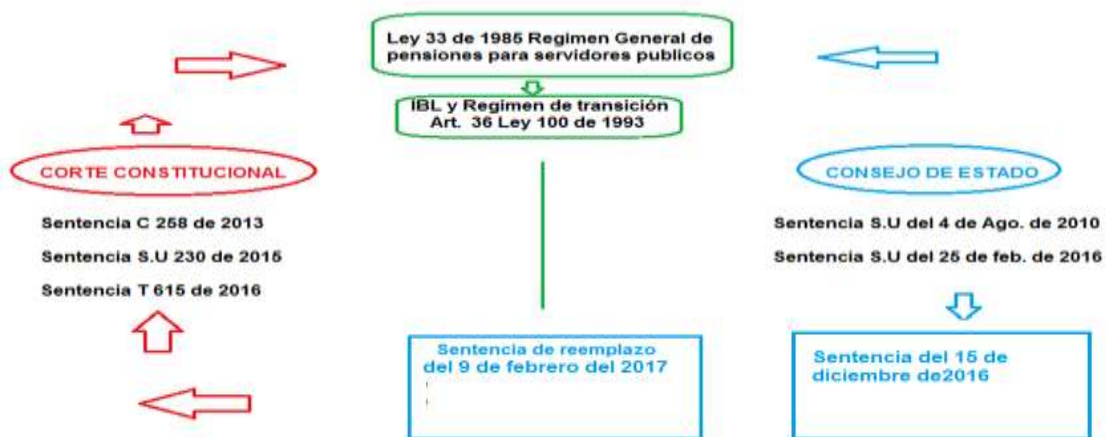
Se entienden por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en la ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE (Sentencia 41525, 2015).

La C.C y el C.E han manejado una línea interpretativa totalmente disímil con posiciones encontradas, para el C.E no ha sido fácil defender su libertad y autonomía interpretativa, más aun cuando ni siquiera dentro de la misma corporación existe consenso al respecto y esto lo explica claramente el magistrado (Cortez, 2017) quien afirma desconcertadamente que lo peor no es eso, lo peor es que, en palabras de él, (si es que puede haber algo peor):

Según (Cortez, 2017) la última sentencia de unificación proferida por la sección segunda de C.E el día 25 de febrero de 2016, donde sentaba su posición y reiteraba su tesis frente a la interpretación que se le debía dar al artículo 36 de la ley 100, fue dejada sin efecto producto de una sentencia al resolver una acción de

tutela que se interpuso contra la sentencia S.U del 25 de febrero de 2016 proferida por la sección quinta del mismo Consejo de Estado, es decir la sección quinta del C.E le ordeno por vía de tutela mediante la sentencia del 15 de diciembre de 2016 a la sección segunda del C.E que le diera aplicación a las sentencias de la C.C, como resultado de esto, el Consejo de Estado se vio compelido a adoptar una sentencia de reemplazo proferida el 09 de febrero de 2017. Esta situación se explica gráficamente como sigue:

Gráfico N° 2: Flujograma análisis sentencias



Fuente: (González y Cardona, 2017).

En esa sentencia de reemplazo (Sentencia, 2017) aparece la sección segunda del C.E dando cumplimiento a una sentencia de tutela (Sentencia, 2015) en donde acoge el criterio de la Corte Constitucional para ese caso. Según (Cortez, 2017), en dicha sentencia le toco ser ponente, sin embargo se tomó la tarea de dejar en claro la posición que la sección segunda del Consejo de Estado, ha venido sosteniendo en los últimos 15 años.

De acuerdo con lo que se venía señalando en este trabajo investigativo el Consejo de Estado tiene la tesis de que los beneficiarios del régimen de transición de la ley 100 de 1993 tienen un derecho adquirido de escoger el sistema que sea más favorable para efectos de la liquidación de la pensión, esto es por ejemplo si una persona está en régimen de transición es posible que le resulte más favorable que la pensión se la liquiden de acuerdo con el IBL consagrado en la ley 100, que con la normatividad anterior, es decir es posible que el promedio de los últimos 10 años con la tasa de retorno que trae la ley 100 le sea más beneficioso, esa es la razón de ser de que el legislador haya hecho una reproducción del artículo 21 en el inciso ya citado del artículo 36 de la ley 100.

Aún faltan muchos más argumentos por exponer, sin embargo se considera que a las dos Cortes, tanto el C.E como la C.C les asiste razón, es decir en este trabajo investigativo se comparten posturas interpretativas dadas por el Consejo de Estado y se rechazan otras; de igual manera con la C.C, sobre este punto es necesario advertir que nos apartamos de la interpretación amañada que el Consejo de Estado hace del IBL de la ley 100, ya que en un primer momento se critica la voluntad del legislador al reproducir el art 21 de la ley 100, en el artículo 36 ibídem, disposición que regula el régimen de transición y critican el hecho de que la corte constitucional aplique unos elementos para el cálculo de la pensión, esto es edad, tiempo y monto de la ley anterior e IBL de la ley 100, y acto seguido pretenda hacer lo mismo pero en sentido contrario, es decir permitiendo que se aplique el IBL de la forma que predica la CSJ y la CC pero ya fundamentando la aplicación del IBL de la ley 100 en esos términos bajo principios de favorabilidad, tal y como se indicó en el ejemplo del párrafo anterior.

Es decir sigue siendo exactamente lo mismo, así el Consejo de Estado afirme que eso si no lesiona el principio de inescindibilidad de la norma, afirmando que no es que esta norma excluya el IBL anterior, sino que es una alternativa que tiene el trabajador por principio de favorabilidad, (Cortez, 2017) explica esta situación de la siguiente manera:

Se han presentado casos de personas que estando en el régimen de transición que solicitan para su caso en particular se les aplique el IBL de la ley 100, y el C.E se liquida con fundamento en el IBL de la ley 100 porque es más favorable, principio que es cardinal en materia laboral y prestacional. El consejo de Estado paradójicamente cae precisamente en la misma situación que estaba criticando y para salir en limpio afirma lo siguiente en palabras de (Cortez, 2017):

Lo que no se puede hacer es mezclar los sistemas para escoger lo favorable de cada uno de ellos y hacer un tercer régimen de pensión, porque eso atentaría contra principios como lo son el principio de inescindibilidad de la norma; es decir, no puede pretender que se le aplique una parte del IBL del régimen anterior y una partecita de ley 100. Así, el monto del porcentaje de la ley anterior a la ley 100 equivale al 75 % del salario; en ley 100 va del 65% hasta el 85 %, entonces una persona no puede decir aplíqueme el IBL de la ley anterior a la ley 100 y el monto del 85% de la ley 100 porque me resulta más favorable. (Cortez, 2017)

Es decir, el Consejo de Estado de acuerdo a lo manifestado por Cortez (2017) sostiene que una persona puede decir aplíqueme el IBL de ley 100 con todos sus aspectos, a pesar de que yo estoy en régimen de transición porque me resulta más favorable, y esa es la razón por la cual el legislador reproduce el **IBL** del art 21 en el art. 3, es decir esa es la razón por la que el Consejo de Estado considera que el legislador haya hecho una reproducción del IBL del art 21 en el art 36 ibídem.

Ahora bien, esa interpretación que propone el Consejo de Estado no se comparte puesto que, ello viola evidentemente el principio de inescindibilidad de la norma, es decir para este trabajo investigativo ese inciso del art 36 de la Ley 100 de 1993 debería declararse condicionalmente exequible para los casos que

verdaderamente se requiera dar aplicación a la disposición normativa del artículo 21 ibídem.

Entonces, lo que se comparte de la interpretación que el Consejo de Estado hace es que el IBL si es un aspecto del régimen de transición, es decir que la persona que está en régimen de transición para este trabajo y la interpretación que aquí se adopta es que la persona que está en régimen de transición tiene derecho a todo, es decir a que se le calcule su pensión teniendo en cuenta todos los factores para ello: edad, tiempo, monto e IBL de la normatividad anterior, en otras palabras tiene derecho a que no se le aplique el IBL de la ley 100 y se le respete el IBL de la normatividad anterior.

Lo que no se comparte de la interpretación dada por el C.E es el hecho de que por vía de principio de favorabilidad a una persona que aun estando en transición en su caso particular se le tenga en cuenta el IBL de la ley 100 si le resulta más favorable. Ahora bien cabe precisar ahora cuales son los argumentos interpretativos que adopta esta investigación y que están en consonancia con la interpretación de la C.C., para ello según lo narrado por (Cortez, 2017) es necesario mencionar que la C.C sostenía la misma la tesis de interpretación del Consejo de Estado, es así como existen una gran cantidad de sentencias de tutela en donde la Corte Constitucional en amparo de los derechos fundamentales de las personas pensionadas falla haciendo prevalecer la tesis del Consejo De Estado. (Sentencias t 631 de 2002,t 169 de 2003. 151 de 2004, t 158 de 2006 , t 251 de 2007),

De conformidad con lo expuesto en las sentencias, la Corte Constitucional cambió la tesis que traía, la cual como se dijo era exactamente igual a la del C.E , en razón de casos muy puntuales como son: las suplencias en el caso de los congresistas, por ejemplo: casos que de verdad preocupan y que son disfuncionales para el sistema, casos que de alguna manera daban unas ventajas desproporcionales para ciertas personas que incrementaban sus salarios en el último año utilizando la interpretación del Consejo De Estado. El famoso caso del

carrusel de las pensiones de los congresistas y los magistrados de las altas cortes, personas que eran empleados de bajos ingresos y los nombraban magistrados auxiliares por 2 meses y pedían reliquidación de sus pensiones calculadas con lo devengado en el último año.

En este punto, se acepta el cambio de parecer de la C.C porque el hecho de reconocer pensiones bajo el amparo de la tesis que sostiene la sección segunda del C.E es violación flagrante del principio de sostenibilidad fiscal, tal como lo argumenta la Corte Constitucional, para estos casos puntuales es que debería aplicar la exequibilidad condicionada del artículo 36 en el entendido que cuando se evidencien estos casos, el IBL que se debe aplicar es el consagrado en el art. 21 de la ley 100 de 1993, de acuerdo con la propuesta que aquí se plantea; en los demás casos, se debe respetar el IBL de la normatividad anterior a la ley 100.

Se llega a esta conclusión porque se comparte el argumento del Consejo de Estado, de que cuando se aplica una misma disposición a todos por igual también se genera desigualdad, es decir hay que hacer efectiva la igualdad material- tratar igual a los iguales, y tratar desigual a los desiguales- esa es la verdadera igualdad por la que debe procurar el legislador en desarrollo al régimen de transición previsto en la ley 100 de 1983, en palabras de (Cortez, 2017):

El Consejo de Estado aprueba que esos casos disfuncionales no prosperen, pero so pretexto de corregir unos privilegios o ventajas desproporcionadas en casos muy puntuales, no da pie para cambiar todo el régimen porque el 99% de las personas beneficiarias del régimen de transición no aspiran a ventajas desproporcionadas, aspiran a adquirir la pensión que realmente se ganaron durante toda su vida laboral. Y continúa afirmando que: Corregir una disfuncionalidad del sistema no da margen para cambiar todo el sistema, llevándose consigo todos los derechos cardinales en materia laboral y pensional como lo son la favorabilidad, y los derechos adquiridos. (Cortez, 2017).

En el mismo sentido, se puede afirmar que la interpretación que el Consejo de Estado hace de la norma, es decir que el IBL también es parte inescindible del régimen de transición, no es óbice para que cuando se detecten estos casos disfuncionales se puedan corregir y quien más competente que el Consejo de Estado para hacerlo, ya que de acuerdo con (Cortez, 2017) el juez natural del acto administrativo es el Consejo de Estado como máximo órgano de representación de la jurisdicción contenciosa administrativa.

4.2.4 Factores salariales para calcular la pensión

Sobre este punto es importante recordar que el concepto salario se constituye como un elemento integrante del concepto de IBL, toda vez que este concepto o la noción que se tenga de salario, influye de manera drástica en la configuración del IBL, porque en últimas el IBL de acuerdo a lo ya visto, es el promedio de los salarios que cotizó una persona durante un tiempo determinado.

En primer lugar resulta pertinente precisar algunas preguntas tales como: ¿Que se entiende por salario? y ¿Cuál es el salario que se debe tomar como base para efectos de liquidar las pensiones? Y en segundo lugar, es imperioso traer a colación las diferentes posturas interpretativas de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, para que cada lector acoja la que bien considere.

La competencia para fijar el salario esta atribuida constitucionalmente al congreso, sin embargo del artículo 150 numeral 19 se desprende que el congreso simplemente se encarga de fijar una normatividad general a la cual el Gobierno Nacional se debe ceñir al momento de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos; dicha disposición normativa corresponde a la ley 4 de 1992, sin embargo ni en la Constitución Política de Colombia, ni en dicha ley se encuentra una definición clara de lo que se puede entender por salario.

Ahora bien, jurisprudencialmente, sí existe una amplia gama de sentencias que dan una definición de lo que se puede entender por salario, sin embargo existen posiciones encontradas al respecto entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, puesto que la tesis del Consejo de Estado se sustenta en un criterio amplio en materia de salario, es decir, esta corporación ha entendido que hace parte del salario todo lo que devenga el trabajador y que no esté expresamente excluido por una ley, razón por la cual todo lo que integre el salario es factor determinante para la liquidación de la pensión, y determinar el IBL.

Mientras que la Honorable Corte Constitucional acoge un criterio restringido en materia de salario, palabras más palabras menos, la Corte Constitucional excluye algunos factores a la hora de calcular la pensión y determinar el IBL, puesto que considera que algunos factores no tienen el carácter de salario, pues hay factores que simplemente redundan en beneficios para enriquecer el patrimonio del empleador, entonces para esta corporación solo los beneficios que se otorguen para desempeñar a cabalidad sus funciones tienen el carácter de salario.

De acuerdo con (Cortez, 2017) el gobierno históricamente ha venido con una política pública de diferenciar entre el salario que se devenga cuando se está en actividad, y el salario que se toma como base para efectos de liquidar la pensión, excluyendo del salario algunos factores que no se tienen en cuenta para liquidar las pensiones y sobre los cuales lógicamente no se aporta. La crítica sobre este punto es que dicha distinción radica en un tema netamente de conveniencia, puesto que las pensiones no son más que una carga para el Estado, y estas se pagan con el presupuesto general de la Nación.

El magistrado (Cortez, 2017), de acuerdo con su experiencia aclara que en la actualidad existe plena armonía entre el C.E y la C.C sobre el concepto de salario y las cotizaciones, ya que la ley 100 de 1993, la ley 4 de 1992, el acto legislativo 01 de 2005 y la jurisprudencia, es suficientemente clara al respecto, es decir hoy en día no hay discusión frente a las pensiones que no están sujetas al régimen de transición, la discusión es frente a las pensiones de antes.

Conforme con lo anterior, los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición estaban cobijados con una normatividad anterior como lo era: El Decreto Ley 1045 de 1978, el cual en su artículo 45 estableció con precisión los factores salariales para el reconocimiento de la pensión a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales; de esta manera, la pensión de jubilación consagrada en el Decreto Ley 3135 de 1968, se continuó reconociendo pero sobre los factores salariales contemplados en este decreto ley.

Posterior a ello, con la aparición de la Ley 33 de enero 29 de 1985 -la cual unificó el régimen general de pensiones para los servidores públicos- se dejó de lado muchas disposiciones que venían regulando la materia; finalmente es la Ley 62 de 1985 la que se encargó de enlistar los factores pensionales, en su artículo 1 así:

(..) La base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes (Ley 62 de 1985, 1985).

Según (Cortez, 2017) el Consejo de Estado ha establecido que: Si en la vida laboral del trabajador algunos factores salariales no se le tuvieron en cuenta para hacer el respectivo aporte, es decir no se le descontó para pensión, entonces la entidad previsora de pensiones al momento de integrar el factor salarial al IBL y de reconocer la pensión debía realizarle al trabajador los respectivos descuentos

sobre lo no aportado, considerando que no es culpa del trabajador que el empleador no le haya hecho los respectivos descuentos, y la razón radica en que para el Estado como empleador le resulta más conveniente excluir factores salariales que hacer aportes sobre los mismos, lo cual no parece justo teniendo en cuenta que a la postre esta situación define la pensión de un trabajador.

En síntesis la tesis que sostiene el Consejo de Estado, sobre el IBL que se debe tener en cuenta al momento de la liquidación pensional, no es más que el resultado de promediar todos los factores salariales del último año de servicios, de acuerdo el Decreto Ley 1045 de 1978 y la sentencia S.U del 25 de febrero de 2016.

Por el contrario, para la Corte Constitucional, el IBL que se debe tener en cuenta al momento de la liquidación pensional es el obtenido de promediar todos los factores sobre los cuales efectivamente se hayan efectuado los aportes en los últimos diez años de servicios y/o toda la historia laboral según sus beneficios para el trabajador; de acuerdo con la sentencia C-258 de 2013 y el artículo 1 del decreto 1158 de 1994, para facilitar la comprensión del tema es menester traer a colación el siguiente cuadro comparativo:

Tabla N° 1: Comparación sobre conceptos de salario.

DECRETO 1158 DE 1994	DECRETO 1045 DE 1978
a) La asignación básica mensual;	a. La asignación básica mensual;
b) Los gastos de representación;	b. Los gastos de representación y la prima técnica;
c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;	
d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.	ll .Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968
e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;	c. Los dominicales y feriados;
	d. Las horas extras;
f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;	l. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
g) La bonificación por servicios prestados;	g. La bonificación por servicios prestados;
	e. Los auxilios de alimentación y transporte;
	f. La prima de Navidad;
	h. La prima de servicios;
	i. Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
	j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978;
	k. La prima de vacaciones;

- Lo que se incluye
- Lo que se excluye

Fuente: (Medina, 2010).

5. Antecedentes normativos

5.1 ¿Cuál es la normatividad aplicable en materia pensional a los servidores públicos?

La normatividad aplicable en materia pensional de los servidores públicos, es la ley 6ª de 1945, Ley 33 de 1985 y la Ley 100 de 1993. En cada caso concreto, se deben tener en cuenta para determinar cuál es la normatividad principal aplicable, entre otros, el tiempo de servicio y edad del empleado, por ejemplo cuando entraron a regir las Leyes 33/85 ó 100/93.

Actualmente la ley aplicable en materia pensional a los servidores públicos es la ley 100 de 1993; como se viene diciendo esta ley unificó el régimen pensional del sector público y privado, la cual aplica sin distinción alguna excepto para los excluidos, y para los beneficiarios del régimen de transición tal como lo consagra el artículo 273 ídem, que consagra lo siguiente:

El Gobierno Nacional, sujetándose a los objetivos, criterios y contenido que se expresan en la presente Ley y en particular a lo establecido en los artículos 11 y 36 de la misma, podrá incorporar, respetando los derechos adquiridos, a los servidores públicos, aún a los congresistas, al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud (Ley 100 , 1993, pág. Art 273)

De igual manera el artículo 1º del Decreto 691 de 1994 especifica claramente los servidores públicos que se incorporaron al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y en su párrafo establece que tal incorporación se hará:

“sin perjuicio de los establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 104 de 1994, Decreto 314 de 1994 y Decreto 1359 de 1993 y las normas que los modifiquen y adicionen” (Decreto reglamentario 691, 1994),

Los servidores públicos a los que se hace alusión son:

- a). “Los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, departamental, municipal o distrital, así como de sus entidades descentralizadas” (Decreto reglamentario 691, 1994, pág. Art. 1).
- b). “Los servidores públicos del congreso de la República, de la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la organización electoral y la Contraloría General de la República” (Decreto reglamentario 691, 1994, pág. Art 1).

Ahora bien, el antecedente más próximo de los regímenes aplicables en materia pensional a los servidores públicos, es Ley 33 de 1985, que obliga desde el 13 de febrero de 1985, fecha de su promulgación, aplicable al sector público y en su artículo 1 estableció la siguiente regla general:

El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (Ley 33 , 1985) .Esta norma a su vez contempla cuatro casos de exceptuados, los cuales no quedarán sujetos a la regla general anteriormente transcrita tales como:

- i. Los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente.
- ii. Los empleados oficiales que a la fecha de entrar a regir hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones sobre edad pensional que reglan con anterioridad.
- iii. Los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de la ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de Jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores.
- iv. Los empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio que tengan veinte (20) años de labor continua o discontinúan tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres y cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

5.2 Disposiciones normativas anteriores a la ley 33 de 1985

Resulta indispensable en este momento hacer un recorrido por los diferentes regímenes aplicables en materia pensional a los servidores públicos, comenzando desde el principio hasta encontrarnos nuevamente con la ley 33 de 1985. En un primer momento para los empleados del orden nacional, el régimen aplicable en materia pensional era la Ley 6ª de 1945 la cual consagraba en su artículo 17 literal b, los requisitos para tener derecho a la pensión, sin distinción de sexo. En un segundo momento se expide la Ley 4ª de 1966, la cual en su artículo 4 modificó el artículo 17 de la Ley 6 de 1945 indicando que las pensiones se liquidarían y pagarían tomando como base el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios (Ley 4, 1966).

Con posterioridad a esta Ley se expide el Decreto 3135 de 1968 y aplicó para servidores de la rama ejecutiva nacional del poder público, este artículo fue derogado por el artículo 25 de la Ley 33 de 1985; sin embargo, dicho decreto en su artículo 27 trató de implementar una distinción entre hombres y mujeres para efectos de adquirir su derecho para tal propósito aumentó la edad de jubilación para los hombres, quienes se pensionarían con 55 años de edad y los mismos 20 de servicio; mientras que las mujeres continuaron adquiriendo su derecho pensional a los 50 años de edad.

Aunque en algunos casos fue aplicada a servidores de los entes territoriales, en verdad, éstos continuaron sometidos a la Ley 6ª de 1945 y normas complementarias y modificatorias. Este régimen pensional se aplicó, salvo norma legal en contrario, hasta la aparición de la Ley 33 de 1985, aunque se continuó aplicando en materia de edad pensional conforme al régimen de transición que ella consagró en este aspecto (Decreto 3135 de 1968, 1968).

Luego se expide el Decreto 1848 de 1969 y en el parágrafo de su artículo 68 determinó la forma para calcular el tiempo de servicios que da derecho a la pensión de jubilación, estableciendo que solamente se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) horas o más. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o labor no llegan al límite mínimo indicado, el cómputo se hará sumando las horas efectivamente laboradas y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga, se tomará como el de días laborados, los cuales se adicionarán con los de descanso remunerado y de vacaciones remuneradas (Decreto 1848 , 1969).

Por último, surge la Ley 33 de enero 29 de 1985, que consagró el régimen pensional “general” de todos los empleados oficiales.

6. Hallazgos y Resultados

6.1 ¿Separación de poderes, colaboración armónica, o choque de trenes?

Para resolver dicho interrogante es preciso poner en contexto varias inquietudes que nos planteamos al tener conocimiento de los diferentes criterios de interpretación que sostienen las altas cortes frente al tema del IBL respecto de los beneficiarios del régimen de transición de la ley 33 de 1985, dichas inquietudes se pueden desarrollar a la luz de las siguientes preguntas:

¿Las sentencias de la corte constitucional cercenan la posibilidad de aplicar el mecanismo de extensión de la jurisprudencia, si partimos de la premisa de se deben aplicar de manera preferente los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional? Y la segunda ¿Se afectaría la autonomía e independencia de las altas cortes que predica el artículo 228 de la Constitución Política de Colombia si se le impone al Consejo de Estado adoptar el mismo concepto de IBL que maneja la Corte Constitucional?. Para resolver dichas preguntas es preciso traer a colación el siguiente extracto:

Quienes defienden la separación absoluta de las ramas del poder no reconocen ningún valor a la jurisprudencia, al considerar que con ella la rama jurisdiccional se estaría ocupando de funciones propias de la rama legislativa. Pero en Colombia la separación de las ramas del poder no es absoluta sino relativa: las ramas del poder colaboran armónicamente en el cumplimiento de las funciones propias del Estado. Colabora la Rama Jurisdiccional con la Rama Legislativa cuando, a través de la interpretación, precisa el sentido y alcance de leyes en ocasiones mal redactadas, confusas, contradictorias o incompletas (Castaño, 2010, pág. 53).

Conforme con lo anterior, son los jueces, tribunales y altas cortes los llamados a desarrollar la voluntad del legislador, en virtud del principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público, de allí se desprende que no solo existe colaboración armónica entre las ramas del poder, sino que dicha colaboración armónica es predicable también entre los órganos de techo, es así como la sentencia C 816 de 2011 condiciona la exequibilidad de las disposiciones del artículo 102 de la ley 1437 de 2011, en el entendido que:

Las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado, deben incorporar en sus fallos de manera preferente las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto, sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad. (Sentencia C - 816 , 2011, pág. 49).

En un reciente fallo del Consejo de Estado donde esta corporación ha ordenado extender los efectos de la sentencia a un caso análogo, se ha aclarado el primer interrogante, ya que el Consejo de Estado fue claro en sus consideraciones en defender su independencia y autonomía como órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues en términos generales afirma que si bien los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional son de aplicación preferente hay que tener en cuenta para ello los efectos vinculantes o no de las sentencias que emite esa corporación.

Acorde con lo anterior y haciendo un resumen de las consideraciones planteadas en dicha providencia, el Consejo de Estado recalca que las sentencias que emite la Corte Constitucional sólo son vinculantes para los jueces de tutela como precedente vertical, pero que dichas providencias sólo producen efectos vinculantes inter partes, es decir para el caso particular, o sea que para el resto de

órganos sólo constituye una pauta o criterio de interpretación, a diferencia de las sentencias expedidas en el ejercicio de la acción de constitucionalidad, pues las mismas sí son vinculantes y producen efectos erga omnes, con la salvedad de que solo son vinculantes en su parte resolutive (ratio decidendi) y los argumentos inescindiblemente relacionados con la parte resolutive (obiter dicta).

Entonces la conclusión a establecer es que las sentencias de la corte constitucional no pueden cercenar la posibilidad de aplicar el mecanismo de extensión de la jurisprudencia, pues simplemente se debe analizar de acuerdo al tipo de sentencia si hay lugar a respetar lo que la Corte Constitucional ha decantado, es decir si estamos en presencia de sentencias de constitucionalidad, las autoridades en general deben respetar la interpretación de la Corte Constitucional.

Contrario sensu, si nos encontramos en presencia de una sentencia T el Consejo de Estado no tendría que adoptar la misma interpretación de la Corte Constitucional, pues en este caso lo decidido por esta corporación solo representa una pauta o criterio de interpretación y el Consejo de Estado en ejercicio de su autonomía interpretativa puede adoptar la misma postura interpretativa o bien apartarse de ella.

En otras palabras si nos encontramos ante una sentencia T, no se cercena la posibilidad de aplicación del M.E. J, de otro lado, tampoco es que se cercene la posibilidad de aplicación del M.E.J en el caso de las sentencias C, pues en este evento solo sería posible hablar de la colaboración armónica entre las altas cortes, y sería el único caso en el que el Consejo de Estado se vería compelido a adoptar un criterio de interpretación semejante al de la Corte Constitucional.

Para resolver el segundo interrogante se ha de tener en cuenta la Ley 270 de 1996 la cual consagra en su artículo 5 que:

La Rama Judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia, (y por ello) ningún superior

jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias (Ley 270, 1996 , pág. Art. 5).

Para concluir, en el evento tal de que se le imponga al Consejo de Estado adoptar el mismo concepto de IBL que maneja la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, sí se afectaría la autonomía e independencia de las altas cortes que predica el artículo 228 de la Constitución Política. Sin embargo, en el presente caso no se considera que exista un choque de trenes entre las altas cortes, por cuanto ni siquiera dentro de la jurisdicción de lo contencioso administrativo existe consenso al respecto, tal como se expuso anteriormente.

Cabe recordar que el Consejo de Estado venía aplicando y extendiendo sus sentencias de unificación a casos análogos, lo cual permitía descongestionar por vía de extensión de jurisprudencia los despachos judiciales e incluso el trámite en sede administrativa, sin embargo lo anterior ya no es posible debido a que la misma sección quinta del Consejo de Estado dejó sin efectos la sentencia de unificación que servía de base para tal efecto, de acuerdo a lo ya visto.

Por tales motivos, de acuerdo con (Cortez, 2017), de lo único que se puede hablar hasta el momento es de una situación de anarquía y caos al interior de la jurisdicción contenciosa administrativa porque hay tribunales y juzgados administrativos que aplican la interpretación de la Corte Constitucional y hay otros que aplican la interpretación del Consejo de Estado.

La única solución que se vislumbra al respecto y que se comparte con (Cortez, 2017), es que el caso en cuestión sea llevado a la sala plena de lo contencioso administrativo, para que esta sala adopte una posición unificadora de todo el Consejo de Estado y tome una postura interpretativa acerca del IBL contemplado en el art 36 de la ley 100 y que vincule a toda la corporación. Ahora bien para

finalizar, de la lectura de las diversas sentencias objeto de análisis se puede hacer la siguiente anotación:

No se puede entender como pretende la Corte Constitucional extender los efectos de una sentencia C, a través de una sentencia T a otras situaciones semejantes; toda vez que como ya se indicó los efectos de una sentencia T son diferentes a los de una sentencia C.

Ahora con relación al caso de IBL de la Ley 33 de 1985, se considera que no vale la pena seguir discutiendo quien tiene la razón, si la Corte Constitucional o si el Consejo de Estado, ya que no se trata de una lucha de poder entre las cortes, sino del derecho a la pensión de muchos servidores públicos, que en virtud de los diferentes tránsitos legislativos se han hecho merecedores a gozar de un régimen de transición que está diseñado para proteger precisamente sus expectativas legítimas, entonces la idea sería encontrar un punto medio que permita saldar las asperezas y las posiciones encontradas de las altas cortes.

Como se dijo en párrafos anteriores, para finiquitar tanta discordia es importante reconocer que ambas cortes tienen posiciones muy válidas, razón por la cual sería muy beneficioso adoptar una solución donde las dos cortes puedan satisfacer sus argumentos, esto es declarando exequible la disposición normativa que desató todo este caos, bajo el entendido que para ciertos casos el IBL será parte integrante del régimen de transición y para otros no, frente a estos últimos adoptando la interpretación de la Corte Constitucional, es decir para los casos que han pretendido desfalcar el sistema de pensiones y el erario público, ahora con relación a los casos de los trabajadores que en realidad han adquirido el derecho de ser beneficiarios de un régimen de transición, que se les aplique la interpretación que el Consejo de Estado hace de la norma como garante de los derechos de este amplio sector de la sociedad como lo son los pensionados.

Ya para finalizar y entrelazar las diversas ideas anteriormente expuestas, no se pretende que el mecanismo de extensión tenga éxito en este caso particular del IBL de la Ley 33 de 1985, ya que en primer lugar se optó por traer a colación este caso para dar cuenta de la disfuncionalidad del sistema, pero como este caso pueden existir muchos, donde nuestros jueces se desgastan y lo único que consiguen es que la sociedad vea en sus providencias judiciales el reflejo de una rama judicial que no está trabajando en armonía, sino que por el contrario es desunida e incoherente, esto en cuando a que no está bien visto que sí el ciudadano acude a una corte obtenga una respuesta de determinada manera y sí acude a otra obtenga otra respuesta totalmente opuesta.

En segundo lugar se optó por traer a colación este caso en particular porque a través de la problemática detectada, indirectamente se trató de venderle una idea al lector, la cual desde un principio estaba prevista como el único propósito de esta investigación, esto es el interés de crear conciencia, inculcar y exaltar los beneficios de un mecanismo desconocido y poco implementado por muchos, haciendo a un lado su valor y desperdiciando su potencial de lograr una justicia más eficaz en términos de igualdad y de celeridad.

Indiscutiblemente, el mecanismo de extensión de la jurisprudencia es útil toda vez que representa un interés por alcanzar el ideal de igualdad, entre otros principios axiológicos. Esto equivale a trabajar en el mediano y largo plazo por el cumplimiento de los derechos constitucionales con fines de garantizar la descongestión de casos judiciales de manera innovadora. Se pretende por lo tanto una aplicación uniforme de la ley por los efectos positivos que ello podría tener en términos de aseguramiento de garantías para los ciudadanos. La práctica jurídica colombiana en este ámbito es clara y consciente de la necesidad de mejorarse; no obstante, es imprescindible si se desea maximizar resultados analizar las falencias existentes y darles pronta respuesta.

6.2 UGPP Y COLPENSIONES en el ejercicio de la discrecionalidad administrativa.

Por medio del ejercicio del derecho constitucional que nos prevé la Constitución Política de Colombia en su artículo 23, se requirió a Colpensiones y a la Unidad de Gestión de Pensiones y Parafiscales (UGPP) obtener hallazgos sólidos que permitieran establecer el precedente administrativo que sostienen estas entidades sobre el tema en cuestión.

El día 12 de septiembre mediante respuesta de la UGPP se pudo corroborar la tesis de disparidad de criterios que se ha venido sosteniendo a lo largo del desarrollo de este texto; adicionalmente, se pudo constatar que la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional tienen posturas que anteponen el sistema general de pensiones como unidad, asimismo esta entidad deja clara su posición individual frente al caso del IBL de la ley 100 de 1993, acogiéndose a esa corriente de sostenibilidad financiera que sugieren la C.C y la C.S.J, dejando de lado la interpretación del Consejo de Estado bajo el entendido que las liquidaciones que propone el órgano máximo de la jurisdicción contenciosa administrativa contempla un IBL desbordado, argumentando en el mismo sentido que éste genera un desequilibrio con respecto a lo que propone la Ley 100 de 1993 a la hora de hacer el cálculo de las mesadas pensionales.

Ahora bien, el hecho de que la UGPP acoja un criterio interpretativo y no otro, deja entrever que el sistema general de pensiones en Colombia es en pro de la unidad de un sistema financiero, mas no en pro de las personas y la efectividad de sus derechos, sin embargo la UGPP en ejercicio de la discrecionalidad administrativa que ostenta es libre de acoger dicha interpretación.

Por su parte, la entidad Colpensiones en respuesta a la consulta realizada por medio del derecho de petición, en data del 4 de Septiembre de 2017 manifiesta

una postura idéntica a la de la UGPP, basándose en el precedente judicial de la Honorable Corte Constitucional contemplado en las sentencias C-258 de 2013 y SU 230 de 2015, la prevalencia del sistema general de pensiones ante los particulares que adquirieron el derecho a gozar de un régimen de transición.

Esto nos remite al origen de esta investigación donde se cuestionaba y no se comprendía el por qué existía tanto trámite en sede contenciosa si ya existían pautas que podían solucionar todos los casos de una manera eficaz y oportuna, por supuesto, este hallazgo en conjunto con el anterior nos demuestra que el mecanismo de extensión de la jurisprudencia está siendo obviado por los funcionarios administrativos y claro, consecuentemente por los abogados en el ejercicio de la profesión puesto que no encuentran respaldo alguno para hacer uso del mismo.

La no aplicación generalizada de este instrumento (M.E.J) está dejando a un lado el objetivo de descongestión judicial que prevé el mismo, en otras palabras se está dejando obsoleta una herramienta de gran utilidad tanto para el sector privado como para el sector público, que de ser implementado correctamente se estaría generando un impacto positivo para su público objetivo que no es nada más que la sociedad, propiciando así desde un ámbito pre judicial la participación del individuo en la administración de justicia, lo cual no usurparía el papel de juez, sino que por el contrario se estaría constituyendo simplemente en una forma institucional de evitar que todos los conflictos que se generen entre la administración y los administrados lleguen a la vía judicial, generándose así una mejor distribución de las cargas para los jueces y funcionarios administrativos.

7. Metodología

7.1 Diseño metodológico

La presente investigación se constituye en un diseño metodológico cualitativo, en el cual se llevó a cabo un rastreo jurisprudencial básicamente a través de la consulta de sentencias de las altas cortes y doctrinantes, para rescatar así las diversas razones por las cuales el mecanismo de extensión de la jurisprudencia no tiene operatividad; entre otras cosas en la presente investigación se darán a conocer de manera descriptiva puntos de vista, críticas y observaciones debidamente soportadas.

Específicamente, el diseño metodológico cualitativo sostiene que para que se logre captar completamente el fenómeno investigado hay que indagar de otra manera, intentando descubrir la esencia misma del fenómeno, utilizando la reflexión permanente y la interpretación de lo observado. (...) Las posturas inherentes al enfoque cualitativo se utilizan para descubrir y refinar preguntas de investigación que pueden generar hipótesis (Gómez, 2009, pág. 70).

Este método se representa gráficamente como sigue:

Gráfico N° 3: Metodología de la investigación.



Fuente: (González y Cardona, 2017).

7.2 Enfoque metodológico

Para el desarrollo de la investigación se propone un método inductivo, esto teniendo en cuenta el diseño metodológico cualitativo, ya que para el desarrollo de esta investigación es preciso abordar minuciosamente el problema en cuestión para llegar a unas conclusiones más genéricas, lo cual va a permitir encontrar causas, esto en razón de que toda investigación propende por encontrar esa relación causa – efecto del fenómeno a investigar.

Las investigaciones cualitativas se fundamentan más en un razonamiento inductivo, es decir va de lo particular a lo general, exploran y describen casos particulares, generalmente involucran recolección de datos utilizando técnicas que no pretenden asociar las mediciones con números, tales como observación no estructurada, entrevistas abiertas, revisión de documentos, evaluación de experiencias personales, inspección de historias de vida, e interacción con grupos o comunidades (Gómez, 2009, pág. 71).

Como se sabe esta investigación parte del análisis de la experiencia obtenida de la práctica académica llevada a cabo en el Tribunal Contencioso Administrativo, en la cual se pudo observar e identificar la problemática que se discute en este trabajo de grado; adicionalmente, se pudo explotar y hacer una revisión de las diferentes acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, también se pudo cotejar tal experiencia con el análisis de jurisprudencia que ha venido decantando la Corte Constitucional y el Consejo de Estado principalmente sobre el tema, asimismo se recurrió a la revisión de doctrina y leyes.

De igual manera, se cuenta con la experiencia personal del Dr. Cesar Palomino Cortez Magistrado de la Sección Segunda del Consejo de Estado (Cortez, 2017) quien también se han pronunciado particularmente al respecto y ha dado a

conocer el punto de vista de la Sección Segunda del Consejo de Estado en general, adicionalmente sobre el tema en cuestión se cuenta con la experiencia personal de la Dra Carolina Leal Galán Magistrada Auxiliar de la Sección Primera del Consejo de Estado quien pregona las bondades del mecanismo de extensión de la jurisprudencia (Galán, 2016). Para finalizar, en esta pesquisa hermenéutica se optó por no realizar entrevistas, sino que por el contrario se recurrió al derecho de petición bajo la modalidad de consulta, en aras de obtener un concepto global y unificado o más bien el precedente administrativo adoptado por entidades como la UGGP y Colpensiones frente al tema de marras (Ver anexo B y C).

7.3 Nivel de la investigación o alcance

La profundidad con la que se abordó la investigación fue de manera explicativa, ya que lo que se pretende no es simplemente describir el problema en cuestión, sino por el contrario, ir más allá, indagar, buscar información que nos permita encontrar los factores determinantes que conllevan a la inaplicabilidad del mecanismo de extensión de la jurisprudencia en el caso del IBL de la ley 33 de 1985.

De acuerdo con (Gómez, 2009) los estudios explicativos van más allá de la descripción de conceptos o fenómenos o del establecimiento de relaciones entre ellos, es decir, este tipo de investigaciones intenta resolver preguntas tales como: ¿Por qué? ó ¿A qué obedece el problema investigado?, en otras palabras este tipo de investigaciones están dirigidas a encontrar las causas de los eventos, sucesos y fenómenos físicos o sociales.

7.4 Unidades de análisis, población y muestra

7.4.1 Unidades de Análisis

Por lo que se refiere a unidades objeto de análisis para desarrollar el objetivo propuesto y abordar los puntos teóricos centrales de estudio: trataremos de abarcar principalmente dos temas fundamentales así: los aspectos generales del mecanismo de extensión de la jurisprudencia y ámbitos relacionados con el régimen de transición y el IBL consagrado en la ley 33 de 1985 para lo cual habrá que determinar cuáles serán las disposiciones objeto de análisis, entre las cuales se encuentran:

- Revisión de Jurisprudencia: se realizará la lectura de jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional frente al tema del precedente administrativo, frente a los beneficiarios del régimen de transición y la interpretación sobre el IBL de la ley 33 de 1985; y finalmente de la Corte Suprema de Justicia en lo que respecta al IBL.
- Revisión de las leyes promulgadas a lo largo del tiempo que tengan relación con el tema.
- Consultar la opinión de las entidades previsoras de pensiones por medio del derecho de petición bajo la modalidad de consulta.

7.4.2 Población y Muestra

El conglomerado que potencialmente será analizado en el transcurso de la presente investigación será el siguiente:

- Frente a la revisión de leyes promulgadas, básicamente se analizarán aspectos relacionados con la normatividad vigente, es decir Ley 100 de

1993, Ley 33 de 1985. Adicionalmente se darán a conocer aspectos esenciales de sus antecedentes normativos.

- Frente a la revisión de sentencias básicamente se hará especial mención o énfasis en las siguientes sentencias:

Tabla N° 2: Sentencias hito.

Corte Constitucional	Consejo de Estado
<ul style="list-style-type: none"> • C 258 de 2013 • S.U 230 de 2015 • T 615 de 2016 	<ul style="list-style-type: none"> • S.U del 4 de agosto de 2010 • S.U del 25 de febrero de 2016

Fuente: (González y Cardona, 2017).

- Frente a la opinión de las entidades previsoras de pensiones se realizaron dos derechos de petición bajo la modalidad de consulta dirigidos a la UGPP y Colpensiones.

7.5 Categorías, variables e indicadores

Pese a que se trata de una investigación cualitativa y no se cuenta con factores numéricos para medir a ciencia cierta la veracidad de la información, es factible hacer una valoración de la realidad obtenida por medio de la observación y el análisis, ya que como se vio en un primer momento se recopiló toda la información pertinente, posteriormente se realizó un análisis descriptivo y crítico de la misma, lo cual va a permitir en este momento consolidar los resultados y hallazgos, con el fin de determinar a grandes rasgos los factores determinantes que inciden en la no aplicación del mecanismo de extensión de la jurisprudencia en el caso del IBL de la Ley 33 de 1985.

Tabla N° 3: Medición de resultados.

CATEGORIA: Inoperatividad del MEJ en el caso del IBL de la ley 33/85	
VARIABLES E HIPOTESIS	INDICADORES
Influencia de las transformaciones legislativas frente al tema del IBL y los beneficiarios del régimen de transición.	BAJO
Influencia de las diferentes posturas jurisprudenciales que dificultan la aplicación del mecanismo de la jurisprudencia.	ALTO
Influencia de la discrecionalidad administrativa al adoptar las entidades previsoras de pensiones un concepto contrario al sostenido por el Consejo de Estado.	MEDIO

Fuente: (González y Cardona, 2017).

7.6 Fuentes de investigación

7.6.1 Fuentes primarias

- Acceso a diversas bibliotecas para consultar doctrina.
- Acceso a internet para consultar jurisprudencia y leyes.

7.6.2 Fuentes secundarias

- Acceso a información con personas conocedoras del tema: funcionarios de colpensiones, la UGPP, empleados del tribunal administrativo de Antioquia, magistrados del Consejo de Estado (Consejo de Estado en línea), así como maestros conocedores del tema.
- Acceso a la página de las altas cortes. (relatoría)
- Acceso a la relatoría del Tribunal administrativo.

7.7 Técnicas e Instrumentos

- Registro y análisis documental.
- Rastreo jurisprudencial.
- Revisión de casos.
- Derecho de petición (consulta).
- Análisis de doctrina y leyes.
- Revisión de video conferencias.

8. Diagrama De Gantt

Tiempo De Duración Del Proyecto										
Año 2017										
ACTIVIDADES	Feb.	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Ago.	Sep.	Oct.	Nov.
Elección del tema y recopilación de información	■									
Formulación del problema		■								
Marco teórico			■							
Metodología			■	■	■					
Aplicación de instrumentos						■	■			
Análisis de resultados								■		
Elaboración del informe								■	■	
Sustentación del informe										■
Publicación del informe										■

Fuente: (González y Cardona, 2017).

CONCLUSIONES

De acuerdo a lo dicho en la parte introductoria, luego de identificar los factores por los cuales se considera que el M.E.J no tiene operatividad en el caso del IBL de la Ley 33 de 1985, se reafirma que la única solución que se vislumbra al respecto es el agotamiento mismo de los casos particulares, puesto que, pese a que no es reciente el problema que se ha desatado a raíz de la interpretación del inciso tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993, en la actualidad no existe consenso entre las altas cortes, incluso ni siquiera en la misma jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Las variables o hipótesis que se plantearon para intentar dar respuesta al interrogante central son básicamente tres, es decir consideramos que el M.E.J no tiene operatividad en la actualidad debido a la influencia de las transformaciones legislativas, la influencia de las diferentes posturas jurisprudenciales y por último debido a la influencia de la discrecionalidad administrativa.

Con relación a la primera variable -Influencia de las transformaciones legislativas- se tiene que no existe motivo alguno que permita inferir que el tránsito legislativo ha generado este fenómeno, antes bien, estas transformaciones simplemente obedecen al simple paso del tiempo y a los cambios normativos previstos por el legislador.

Este indicador -Influencia de las transformaciones legislativas- si tiene íntima relación con el segundo indicador -influencia de las diferentes posturas jurisprudenciales-, esto en cuanto a la redacción de la norma que prevé el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir teniendo en cuenta que la redacción no es la más afortunada por cuanto genera confusión y disparidad de criterios interpretativos, es preciso advertir que no son las transformaciones legislativas lo que incide en la inoperatividad del M.E.J sino *la interpretación* que de la norma hacen las Altas Cortes.

Finalmente frente al tercer indicador -influencia de la discrecionalidad administrativa- se puede inferir que si bien las entidades previsoras de pensiones han adoptado una postura contraria a la del Consejo de Estado, lo cual impide la aplicación del MEJ, es completamente válido que las autoridades tengan un precedente administrativo mientras esté debidamente fundamentada y en efecto así está debidamente argumentado con las sentencias de la Honorable C.C, con un ingrediente adicional y es que El precedente de la C.C es de aplicación preferente al del C.E de acuerdo a lo ya visto.

Al mismo tiempo, es posible concluir que este indicador también resulta decisivo a la hora de determinar la inoperatividad del M.E.J, porque como se explicó dicho mecanismo consta de dos instancias: una administrativa y otra judicial, sin embargo no es posible endilgarle culpa a las autoridades administrativas, puesto que de conformidad con lo mencionado, las autoridades administrativas tienen cierta autonomía y libertad interpretativa en razón de la discrecionalidad administrativa.

Por consiguiente, para concluir se tiene que el segundo indicador es el que mayor incidencia tiene frente al fenómeno analizado, puesto que, si bien el panorama sería diferente en el evento tal de que las autoridades administrativas acogieran el mismo criterio del C.E, lo que a la postre resulta decisivo a la hora de hablar de la inoperatividad del M.E.J es que no existe uniformidad en la interpretación de la norma y por ende no funciona dicho mecanismo como debería.

REFERENCIAS

- Bedoya, J. D. (01 de 08 de 2014). *El precedente administrativo en el ordenamiento jurídico colombiano*. Obtenido de file:///C:/Users/us/Downloads/1460-5745-1-PB%20(1).pdf
- Castaño, O. A. (2010). *Derecho Administrativo General*. Medellín: Señal editora.
- Cortez, D. C. (23 de 03 de 2017). *Consejo de Estado en línea de cara al país*. Obtenido de Video conferencia:
https://www.youtube.com/watch?v=_vCHLNlpokw
- Decreto 1848 , Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968. (Presidente de la República de Colombia 04 de 11 de 1969).
- Decreto 3135 de 1968, Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales. (Presidente de la República de Colombia 06 de 12 de 1968).
- Decreto Reglamentario 3800 (Presidente de la República de Colombia 29 de 12 de 2003).
- Decreto reglamentario 691, Por el cual se incorporan los servidores públicos al sistema general de pensiones y se dictan otras disposiciones (Presidente de la República de Colombia 29 de 03 de 1994).
- Galán, D. C. (16 de 04 de 2016). *Consejo de Estado en línea de cara al país*. Obtenido de Video conferencia:
<https://www.youtube.com/watch?v=MhQLP0MUlis>
- Gómez, M. M. (2009). *Metodología de la investigación científica, Segunda edición*. Argentina: Brujas.
- Iturralde, V. (1995). *El precedente en el commun law*. Madrid, España: Civitas S.A.
- Legis. (2013). *Jurisprudencia y Doctrina, Revista mensual, tomo XLII-N°501*. Legis.

Ley 100 , Diario oficial N° 41.148, Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones (Congreso de la República de Colombia 23 de 12 de 1993).

Ley 1437 . (02 de 07 de 2011). *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*.

Ley 270, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Congreso de Colombia 15 de 03 de 1996).

Ley 33 , Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público (Congreso de Colombia 29 de 01 de 1985).

Ley 4, Por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones. (Congreso de Colombia 1966 de 04 de 1966).

Ley 6 , por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo. (Congreso de Colombia 12 de 02 de 1945).

Ley 62 de 1985, Por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 del 29 de enero de 1985 (Congreso de Colombia 16 de 09 de 1985).

López, J. G. (2015). *El precedente judicial y el ejercicio del derecho ante las altas cortes U de M- Capítulo XII*.

Medina, Y. (2010). *Cuadro comparativo*. Obtenido de <http://yulietmedina.com/wp-content/uploads/2010/08/Cuadro-comparativo.png>

Sala 22 especial de decisión, 11001-03-15-000-2004-01034-00(S) (Consejo de Estado- Sala Plena de lo Contencioso Administrativa 06 de 06 de 2017).

Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. (2014). *Las sentencias de unificación jurisprudencial y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia*. Imprenta nacional de Colombia.

Sentencia (Consejo de Estado 15 de 12 de 2015).

Sentencia. (9 de 02 de 2017). Obtenido de Consejo de estado:
<http://www.funcionpublica.gov.co/sisjur/home/Norma1.jsp?i=80114>

Sentencia 41525, Acta 001 (Corte Suprema de Justicia 28 de 01 de 2015).

Sentencia C - 816 (Corte Constitucional 1 de 11 de 2011).

Sentencia c 588 (Corte Constitucional 25 de 07 de 2012).

Sentencia c 754 (Honorable Corte Constitucional 10 de 08 de 2004).

Sentencia de Constitucionalidad, 634 (Corte Constitucional 24 de 08 de 2011).

Sentencia de Constitucionalidad, 816 (Corte Constitucional 1 de 11 de 2011).

Sentencia de Unificación (Sección Segunda del Consejo de Estado 04 de 08 de 2010).

Sentencia de Unificación, 2006-07509 (0112-2009) (Sección Segunda del Consejo de Estado 04 de 08 de 2010).

Sentencia de Unificación (Sección Segunda del Consejo de Estado 25 de 02 de 2016).

Sentencia de Unifiicación, 2013-01541 (4683-2013) (Sección Segunda del Consejo de Estado 25 de 02 de 2016).

Sentencia T 064 (Corte Constitucional 01 de 02 de 2007).

Sentencia T 545 (Corte Constitucional 28 de 05 de 2004).

Sesma, V. I. (1995). *El precedente en el comun low*. Madrid, España: Civitas s.a.

ANEXOS

ANEXO A: Glosario de abreviaturas

- ANDJE- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado
- CAJANAL- Caja Nacional de Previsión Social
- C.C- Corte Constitucional
- C.E- Consejo de Estado
- C.P- Constitución Política
- CPACA- Código de Procedimiento Administrativo y de Contencioso Administrativo
- C.S.J – Corte Suprema de Justicia
- IBL- Ingreso base de liquidación
- MEJ- Mecanismo de extensión de la jurisprudencia
- O.I.T- Organización Internacional del Trabajo.
- RAIS- Régimen de ahorro individual con solidaridad
- RAE- Real Academia Española de la Lengua.
- RPM- Régimen de prima media con prestación definida
- S.U- Sentencia de unificación
- UGPP- Unidad de gestión pensional y parafiscales

ANEXO B: Respuesta derecho de petición- COLPENSIONES



Bogotá D.C., 04 de Septiembre de 2017

BZ_2017_8778486 y 2017_8768126

Señores:

DANIELA GONZÁLEZ URREGO

JUAN DAVID CARDONA SÁNCHEZ

Carrera 77C No. 49^a-11, Sector el Estadio

Correos electrónicos: dani_gonza1122@hotmail.com y David.jara91@gmail.com

Medellín - Antioquia

Asunto: Precisiones acerca de la liquidación del IBL de pensiones sometidas al régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Respetados señores González y Cardona:

Reciban un cordial saludo de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.

En respuesta a su petición, resulta pertinente manifestar que la Oficina Asesora de Asuntos Legales no emite conceptos que resuelvan situaciones de carácter particular, sino supuestos fácticos, jurídicos generales y abstractos, toda vez que esta entidad no cuenta con facultades para dirimir controversias, razón por la cual se procederá a dar respuesta de manera general al oficio en mención, suministrándole la información que de carácter impersonal puede ser aplicada a cualquier caso o supuesto, en los siguientes términos:

I. CONSIDERACIONES

A. Norma a considerar

- Ley 100 de 1993.

Ven por tu futuro

Centro de Atención Telefónica Nacional: 01 8000 41 08 09 - Centro de Atención Telefónica Nacional SEPS: 01 8000 41 07 77
Bogotá: 489 09 09 - Bogotá SEPS: 487 03 00 - Medellín: 485 60 90
www.colpensiones.gov.co

2017_8947303 - 0000067017605545
VIBILAS
Administración de Pensiones
Colpensiones

B. Liquidación del IBL

La Sentencia C – 258 de 07 de mayo de 2013 (i) modificó el Régimen Pensional de Magistrados de Altas Cortes y Congresistas al declarar la inexecutable de algunos apartes del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, (ii) ordenó el reajuste al tope de 25 SMMLV de todas las mesadas pensionales que se pagan con cargo a recursos de naturaleza pública y lo más importante, (iii) fijó los parámetros para la interpretación y aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, estableció que para todas aquellas personas que fueran beneficiarias del régimen de transición por edad o tiempo de servicio, podían pensionarse con los requisitos del régimen pensional anterior al cual tuvieran derecho (edad y tiempo de servicio, así como la tasa de reemplazo), porque la forma de liquidar la pensión, o lo que es lo mismo, de obtener el ingreso base de liquidación sería la establecida en la Ley 100 de 1993.

Es así como la Circular Interna No. 16 de Colpensiones, describe las reglas establecidas en derecho de conformidad con las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 en consonancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Estudio que culmina con las siguientes conclusiones plasmadas en la mentada circular:

**A. La definición y entendimiento del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, será la siguiente:*

1. *El Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido al régimen de transición.*
2. *Las reglas para calcular el ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición, son los siguientes:*
 - i. *Quienes a 1º de abril de 1994 les faltare menos de 10 años para el cumplimiento de los requisitos para pensionarse, el ingreso base de liquidación se determinará conforme lo establecido en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.*

- ii. *Quienes a 1º de abril de 1994 les faltare más de 10 años para el cumplimiento de los requisitos para pensionarse, el ingreso base de liquidación se determinará conforme lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993¹.*
3. *El régimen de transición respeta edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión del régimen anterior referido solamente a la tasa de reemplazo, como quiera que la intención del legislador fue impedir que el Ingreso Base de Liquidación de los regímenes anteriores tuviera efectos ultractivos.*

Los únicos factores salariales que se deberán tener en cuenta al momento de determinar el ingreso base de liquidación serán los contemplados en el Decreto 1158 de 1994, siempre y cuando sobre los mismos se hubieran efectuado los aportes al Sistema General de Pensiones.

B. Las solicitudes de pensión presentadas por primera vez que se decidan con posterioridad a la Sentencia SU-230 de 2015, se registrarán por el precedente judicial y constitucional que se adopta por medio de esta circular.

C. Los criterios establecidos en esta circular tendrán aplicación para todos los servidores públicos, independientemente del régimen pensional que resulte aplicable en su condición de beneficiarios del régimen de transición.

D. Con base en lo expuesto, quedan derogados expresamente los criterios de interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, respecto de la aplicación del Ingreso Base de Liquidación contenidos en las circulares Internas 01 de 01 de octubre de 2012, 4 de 26 de julio 2013, 06 de 18 de diciembre de 2013, incluida la nota aclaratoria de esta última.

E. En este orden de ideas, debe considerarse que la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 realizada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013 se aplica en Colpensiones desde la expedición de las Circulares 04 y 06 de 2013 de manera que, a través de esta nueva circular, se unifican las reglas de reconocimiento pensional administrativo de acuerdo al alcance dispuesto por la sentencia SU-230 de 2015².

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 21. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del Índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.

Ven por tu futuro

Centro de Atención Telefónica Nacional: 01 8000 41 09 29 - Centro de Atención Telefónica Nacional BEPS: 01 6000 41 07 77
Bogotá: 489 59 05 - Bogotá BEPS: 487 23 00 - Medellín: 483 60 90
www.colpensiones.gov.co

Para concluir, resaltamos que el los Ministros del Trabajo, de Hacienda y Crédito Público, sentaron su posición respecto de la Circular Conjunta No. 004 del 12 de abril de 2016 expedida por la Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo *(atinente a la adopción y aplicación de la Jurisprudencia expedida por el Consejo de Estado frente al régimen de transición de los empleados públicos (Prima Media), derechos adquiridos, alcances de la Sentencia C-258 de 2013 y SU-230 de 2015)*.

Así las cosas, informaron que esas carteras ministeriales *"se encuentran en desacuerdo con la... [Circular Conjunta No. 004 de 2016] en razón a que no puede conminarse a la Nación, ni a los funcionarios que determinen derechos pensionales a cumplir una Jurisprudencia abiertamente contraria a la establecida por la Corte Constitucional, que resulta ser prevalente a la de cualquier órgano de cierre, dado que su desconocimiento configura el efecto de violación del precedente"*.

Por su parte, la Junta Directiva de Colpensiones en sesión del 14 de julio de 2016, decidió respaldar la posición expuesta por los Ministerios del Trabajo y de Hacienda y Crédito Público en el citado Oficio No. 113951 del 15 de junio de 2016. Con fundamento en lo anterior y teniendo en cuenta que la Junta Directiva es el máximo órgano de dirección de Colpensiones, la administradora mantiene la posición contenida en la Circular Interna 16 del 06 de agosto de 2015, en la cual se acogen los lineamientos de la Sentencia SU-230 de 2015.

Finalmente, en estos términos esperamos dar respuesta a su petición, en caso de requerir información adicional, por favor acercarse a nuestros puntos de atención al ciudadano, en donde estaremos dispuestos a brindarle el mejor servicio.

Cordialmente,



DIEGO ALEJANDRO URREGO ESCOBAR
Director de Acciones Constitucionales con funciones
asignadas de Jefe de Oficina Asesora de Asuntos Legales

Proyecto: Valentina Linares Muñoz - Prof. Oficina Asesora de Asuntos Legales
Revisó: Lina Fernanda Vélez Orozco - Prof. Oficina Asesora de Asuntos Legales

Ven por tu futuro

Centro de Atención Telefónica Nacional: 01 8000 41 06 09 - Centro de Atención Telefónica Nacional BEPS: 01 8000 41 07 77
Bogotá: 489 09 09 - Bogotá BEPS: 487 03 00 - Medellín: 483 60 90
www.colpensiones.gov.co

VIGILADO
#SERVICIOALCIUDADANO

ANEXO C: Respuesta derecho de petición- UGPP



1110

Bogotá D.C., 17 de septiembre de 2017

Señores
DANIELA GONZALEZ URREGO
JUAN DAVID CARDONA SANCHEZ
Carrera 77C No. 49 A.-11, Sector el Estadio
Correo Electrónico: dani_gonza1122@hotmail.com
Teléfono: 4480114
Medellín - Antioquia.

Radicado: 201711102707571



Asunto: Respuesta Derecho de Petición
Radicado UGPP No. 201760052941172
Peticionaria: DANIELA GONZALEZ URREGO C.C. No. 1036661673
Peticionario: JUAN DAVID CARDONA SANCHEZ C.C. No. 1017187231

Respetado Señor

De manera atenta, me permito dar respuesta a su derecho de petición radicado por correo electrónico el día 30 de agosto de 2017, por medio del cual hace la siguiente consulta:

"PRIMERO: Se sirva la unidad de gestión pensional y parafiscales- UGPP, emitir un concepto completo, claro y preciso acerca del Precedente Administrativo que tiene la entidad sobre el caso del IBL de la Ley 33 de 1985, estableciendo cuál es el parámetro interpretativo para conceder o negar la reliquidación de la pensión a las personas beneficiarias del régimen de transición contenido en la ley 100 de 1993. SEGUNDO: Se sirva la unidad de gestión pensional y parafiscales- UGPP, indicar cuál es el precedente judicial al que se acoge, respecto al caso del IBL de la Ley 33 de 1985, si bien al de la Honorable Corte Constitucional o bien al del Consejo de Estado, exponiendo sucintamente las razones argumentativas."

Es pertinente advertir, que el derecho de petición en la modalidad de consulta que absuelve esta Unidad es de carácter general y por ende no admite la resolución de casos particulares o concretos, razón por la cual, la respuesta emitida por esta Subdirección, se limitará a suministrarle elementos de juicio generales y abstractos que sirvan para ilustrar el tema objeto de su cuestionamiento.

En primer lugar se debe la Ley 33 de 1985, la cual en su artículo 1º establece:

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

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajaron en actividades que por su naturaleza justifican la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfrutaron de un régimen especial de pensiones.

Recepción de correspondencia:
Avenida Carrera 58 No 13-57
(Bogotá, D.C.)

Línea Gratuita Nacional: 018000 423 423
Línea fija en Bogotá: (1) 4926090
Lunes a viernes de 8:00 am a 6:00 pm.

@unicogpp



Centro de Atención al Ciudadano
Calle 19 No 68A - 18 (Bogotá)
Lunes a Viernes de 7:00 a.m. a 4:00 p.m.



En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno (...).

Se debe demostrar que el causante cumple con los requisitos de edad y el tiempo de servicios exigido para que la normatividad aplicable a su caso particular, fuera la contenida en Ley 33 de 1985 y en consecuencia los factores que se deben tener en cuenta a la hora de su liquidación son los señalados en el artículo 3 de dicha norma, modificada por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, el cual se transcribe:

"Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevían las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."

No obstante lo anterior, en relación con el régimen general de pensiones consagrado en la Ley 33 de 1985, se debe tener en cuenta que respecto a la interpretación y aplicación del régimen de transición no existe unidad de criterios al interior de las altas corporaciones judiciales.

Para ilustrar lo anterior, es pertinente citar y transcribir las posiciones contradictorias que han tenido las altas corporaciones judiciales:

POSICIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en las sentencias de Radicación N° 39487 del 1° de diciembre de 2009, Magistrado Ponente LUIS JAVIER OSORIO; Radicación N° 40662 del 14 de septiembre de 2010, Magistrado Ponente LUIS JAVIER OSORIO; Radicación No. 37841 del 5 de octubre de 2010, Magistrado Ponente Dra. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN; Radicación No. 39791 del 1° de marzo de 2011, Magistrado Ponente: GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA; en la Sentencia de radicación N° 37423 del 15 de marzo de 2011, Magistrado Ponente DR. CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE, expuso:

"...La Corte estima que no se equivoca el Tribunal, en la aplicación e interpretación que hace del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo relativo a la forma de determinar el ingreso base de liquidación de las pensiones amparadas por el régimen de transición establecido en esa normativa, por cuanto, como ya se ha dicho, el régimen de transición consagrado en la citada ley garantiza a sus beneficiarios la aplicación de las normas anteriores en lo que hace relación a la edad y al tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas para acceder al derecho, y al monto de la prestación en lo que toca con la tasa de reemplazo, pero no en lo referente al ingreso base de liquidación pensional, que se rige en estricto rigor por lo previsto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y hace abstracción para quienes estando en transición les faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho, al promedio de lo devengado en el tiempo que les hubiere faltado para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior."

Así lo ha entendido la Corporación desde la sentencia de 23 de abril de 2003, rad. N° 19459, cuya doctrina se ha reiterado, entre otras, en la sentencia del 21 de abril de 2009, rad. No. 35442. En la primera de las citadas, dijo textualmente la Sala:

"En ese orden de ideas, y como quiera que a 1° de abril de 1994 la actora contaba con más de 35 años de edad y más de 15 de aportes y/o cotizaciones, es sin duda beneficiaria del régimen de transición contemplado"

Recepción de correspondencia:
Avenida Carrera 68 No. 13-57
(Bogotá, D.C.)

Línea Gratuita Nacional: 018000 423 423
Línea fija en Bogotá: (1) 4926090
Lunes a viernes de 8:00 am a 6:00 pm.



Centro de Atención al Ciudadano
Calle 19 No 68A - 18 (Bogotá)
Lunes a Viernes de 7:00 a.m. a 4:00 p.m.



en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según el cual, como ya se dijo, para el reconocimiento de la pensión de vejez debe tenerse en cuenta la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto señalado en el régimen pensional anterior al cual se encontraba afiliado, más no así el ingreso base para liquidarla, pues de conformidad con el inciso tercero ibidem, y toda vez que a la fecha de entrada en vigencia el nuevo sistema pensional al demandante le restaban menos de diez (10) años para adquirir el derecho, la mencionada base para su liquidación deberá extraerse del promedio de lo devengado durante el tiempo que le hacía falta para reunir los requisitos para acceder al mencionado derecho pensional, como reiteradamente lo ha dicho esta Corte...".

POSICIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO:

En la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 (Rad. 25000-23-25-000-2006-07509-01), Magistrado Ponente VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, y en las sentencias de la Sección Segunda, Subsección B, de fechas 7 de octubre de 2010 (Rad. 150012331 000200602963 -01), 27 de enero de 2011 (Rad. 25000-23-31-000-2007-00890-01), 17 de marzo de 2011 (Rad. 13001-23-31-000-2006-00577-01) M.P. Victor Hernando Alvarado Ardila, y en la del 18 de febrero de 2010 (Rad.25000-23-25-000-2004-042-01) Consejero ponente: GUJSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, en esta última el Consejo de Estado señaló:

"Ahora, si bien en la práctica, la Administración ha reducido el alcance del régimen de transición únicamente a la aplicación de la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, entendiendo éste último como el porcentaje de una suma promediada, lo cierto es que la expresión "monto" en criterio de la Sala comprende los diversos elementos que pueden involucrarse en el cálculo del quantum pensional, es decir, en la liquidación aritmética del derecho. En efecto, si el régimen de transición constituye para el empleado inmerso en su delimitación legal, el derecho al amparo de las condiciones de acceso al derecho pensional vigentes a su favor al momento de operar un cambio legislativo, lo que implica la regulación total de su pensión bajo las mismas, no puede desconocerse dicho beneficio y desmembrarse el derecho so pretexto de la interpretación de la terminología utilizada por el Legislador y menos aún en detrimento del quantum pensional a que aspiraba el empleado, lo que permite concluir que el derecho al régimen de transición comprende el beneficio normativo del régimen anterior respecto de la totalidad de aspectos con capacidad de afectar el derecho pensional del empleado. De acuerdo con lo anterior se tiene, que el contenido real del régimen de transición se encuentra expresado en el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues allí se describe con suficiencia la naturaleza misma de dicho beneficio.

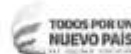
INTERPRETACIÓN EXPUESTA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional fijó su posición, respecto al IBL, en primer lugar con la Sentencia C-258 de 2013 en donde expuso:

"Para el efecto, la Corte acudirá a la regla general de Ingreso Base de Liquidación prevista en los artículos 21 y 36 de la Ley 100. En efecto, el artículo 36 estableció dos reglas específicas en la materia: (i) para quienes el 1° de abril de 1994, les faltara menos de 10 años para pensionarse, el IBL sería (a) "el promedio de lo devengado en el tiempo que les hicieron falta" para reunir los requisitos para causar el derecho a la pensión, o (b) el promedio de lo "cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor, según certificación que expida el DANE" (ii) En los demás casos, es decir, en la hipótesis de las personas a quienes el 1° de abril de 1994 les faltaban más de 10 años para reunir los requisitos de causación de la pensión, a falta de regla especial en el artículo 36 y teniendo en cuenta que el inciso segundo ibidem solamente ordena la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes especiales sobre edad, tiempo de cotización o servicios prestados, y tasa de reemplazo, se les debe aplicar la regla general del artículo 21 de la Ley 100, el cual indica:

Recepción de correspondencia:
Avenida Carrera 68 No 13-57
(Bogotá, D.C.)

Línea Gratuita Nacional: 018000 423 423
Línea fija en Bogotá: (1) 4926090
Lunes a viernes de 8:00 am a 6:00 pm.



Centro de Atención al Ciudadano
Calle 19 No 68A - 18 (Bogotá)
Lunes a Viernes de 7:00 a.m. a 4:00 p.m.



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

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo."

En vista de que (i) no permitir la aplicación ultractiva de las reglas de IBL de los regímenes pensionales vigentes antes de la Ley 100 fue el propósito original del Legislador; (ii) por medio del artículo 21 y del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100, el Legislador buscó unificar las reglas de IBL en el régimen de prima media; (iii) ese propósito de unificación coincide con los objetivos perseguidos por el Acto Legislativo 01 de 2005, específicamente con los de crear reglas uniformes que eliminen privilegios injustificados y permitan diseñar mecanismos que aseguren la sostenibilidad del sistema -de ahí que la reforma mencione expresamente el artículo 36 de la Ley 100 - la Sala considera que en este caso el vacío que dejará la declaración de inexecutable de la expresión "durante el último año" debe ser llenado acudiendo a las reglas generales previstas en las dos disposiciones de la Ley 100 referidas."(Subraya y negrilla propia)

Posteriormente, a través de la sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015 señaló:

"... la sentencia C-258 de 2013 fijó una interpretación en abstracto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en aquél régimen general, las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca. De otro lado... mediante auto A-326 de 2014, por el cual se resolvió la solicitud de nulidad de la sentencia T-078 del mismo año, la Sala reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el referido fallo C-258 de 2013, en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido en que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación..."(Subraya y negrilla propia)

De igual manera, la Corte Constitucional mediante sentencia SU - 395 del 22 de junio de 2017, según comunicado No. 36 del 27 de junio de 2017, estableció que:

(...) Examinadas estas aproximaciones en contraste con la jurisprudencia constitucional elaborada en la materia, la Sala Plena consideró en términos generales que, de conformidad con lo decidido en las Sentencias C-168 de 1995 y C-258 de 2013, a los beneficiarios del régimen de transición se les debe aplicar el ingreso base de liquidación (IBL) establecido en el artículo 21 y el inciso 3o del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, el que corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento pensional, debido a que es la interpretación normativa que mejor se ajusta a los principios constitucionales de equidad, eficiencia y solidaridad del artículo 48 Superior, a la cláusula de Estado Social de Derecho, y que evita los posibles casos de evasión y fraude al sistema. En ese contexto, resaltó que la liquidación de pensiones de regímenes especiales no puede incluir todos los factores salariales, en tanto solo deben incorporarse aquellos que sean directamente remunerativos del servicio sobre los cuales los beneficiarios hayan realizado los correspondientes aportes. Interpretación que, según pudo constatar, ha sido reafirmada por la propia Corte Constitucional en las providencias T-078 de 2014, A-326 de 2014, SU-230 de 2015, T-060 de 2016, SU-427 de 2016 y SU-210 de 2017, en las que se ha dejado en claro que el modo de

Recepción de correspondencia:
Avenida Carrera 68 No 13-57
(Bogotá, D.C.)

Centro de Atención al Ciudadano
Calle 19 No 68A - 18 (Bogotá)
Lunes a Viernes de 7:00 a.m. a 4:00 p.m.

Línea Gratuita Nacional: 018000 423 423
Línea fija en Bogotá: (1) 4926296
Lunes a viernes de 9:00 am a 6:00 pm.





promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el ingreso base de liquidación". (...)

Ahora bien, después de realizado el análisis de la posición de la Corte Constitucional frente al IBL, es necesario indicar que según la Sentencia SU-298 del 21 de mayo de 2015 dicha Corporación indicó que ante la existencia de precedentes disímiles en la misma materia se debe tomar la siguiente disposición:

"... el precedente constitucional, por ser producto de la interpretación autorizada de la Constitución, que es norma de normas, debe irradiar la doctrina de las demás jurisdicciones. En virtud del principio de supremacía constitucional, los jueces y las autoridades administrativas en su labor de aplicación del ordenamiento deben dar prevalencia a los postulados constitucionales cuyo contenido está expuesto no solo por la literalidad de las normas, sino por la interpretación que de ellas hace la Corte Constitucional..." (Negrita propia)

De conformidad con lo anterior, el Comité de Conciliación y Defensa Judicial, luego de analizar las diferentes posiciones de las altas corporaciones, fijó su posición indicando que es precedente jurisprudencial "preferente" y "vinculante" el de la Corte Constitucional en su condición de guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, por lo que administrativamente la UGPP aplica este precedente Jurisprudencial, indicando que son tres los parámetros aplicables al reconocimiento de las pensiones regidas por normas anteriores a la Ley 100 de 1993: la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cobzadas y el monto de la misma, ya que el IBL que debe tenerse en cuenta es el señalado por en el inciso 3.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de los salarios devengados que sirvieron de base para los aportes durante los últimos 10 años.

Por último, le recuerdo que el presente oficio se limita a hacer uso de la normalidad existente frente a la consulta planteada y por tanto se expide en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituida por la Ley 1755 de 2015, que consagra: *"... Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución."*

Agradezco su valiosa atención.

Cordialmente,

JOHN JAIBO BELTRÁN QUIÑONES
 Subdirector de Asesoría y Conceptualización Pensional
 Unidad de Pensiones y Parafiscales – UGPP

Maestró: Dora Estrella Martínez
 Superintendente Mauricio Orozco H.
 Asesora Olga Andrea Muñoz

Recepción de correspondencia:
 Avenida Carrera 68 No 13-57
 (Bogotá, D.C.)

Centro de Atención al Ciudadano
 Calle 29 No 68A - 18 (Bogotá)
 Lunes a Viernes de 7:00 a.m. a 6:00 p.m.

Línea Gratuita Nacional: 018000 423 423
 Línea fija en Bogotá: (1) 4925090
 Lunes a viernes de 8:00 am a 6:00 pm.

