

**LOS ELEMENTOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y SU APLICACIÓN  
RESPECTO A LOS SERVIDORES PÚBLICOS SEGÚN LA JURISPRUDENCIA**

**MAYRA GISELA GUZMÁN OLAYA**

**Artículo presentado como requisito de grado para optar el título de Abogada**

**Asesora:  
SOL LEONOR MEJÍA PULGARÍN  
Magíster en Derecho**

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
PREGRADO DE DERECHO  
MEDELLÍN  
2017**

## LOS ELEMENTOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y SU APLICACIÓN RESPECTO A LOS SERVIDORES PÚBLICOS SEGÚN LA JURISPRUDENCIA

Mayra Gisela Guzmán Olaya<sup>1</sup>

### Resumen

La ley 100 de 1993, mediante la cual se estableció el sistema de seguridad social vigente en Colombia, consagra un régimen de transición pensional, con el cual el legislador pretende proteger a las personas que tiene una expectativa legítima sobre los requisitos que deben cumplir para obtener la pensión, es decir, lo que busca es que estas personas puedan mantener las mismas condiciones del régimen al cual estaban afiliados, a pesar de que haya un cambio legislativo. No obstante, tratándose de los servidores públicos, este régimen de transición ha generado un conflicto entre la jurisprudencia de las altas cortes, pues la Corte Constitucional y el Concejo de Estado han dado diferentes interpretaciones sobre los elementos que integran el régimen de transición, impidiendo con esto la aplicación armónica de este mecanismo jurídico.

**Palabras claves:** Régimen de Transición, Servidores Públicos, Pensión de Vejez, Ingreso Base de Liquidación, Integridad Normativa.

### Abstract:

The current social security system was established in Colombia through the Law 100 of 1993, which, establishes a transition pension regime. With which the legislator intends to protect the people who have a legitimate expectation about the requirements they must meet to obtain the pension, that is, what the law seeks is to maintain the same conditions of the regime to which

---

<sup>1</sup> Este artículo de práctica se realiza como trabajo de grado para aspirar al título de Abogada en la Universidad Pontificia Bolivariana. Es el producto de la práctica realizada en el Tribunal Administrativo de Antioquia. Se elaboró bajo la asesoría temática de la Magíster Sol Leonor Mejía Pulgarín, email: mayra.guzman.19@hotmail.com

they were affiliated, even though there is a legislative change. However, in the case of public servants, this transition regime has generated a conflict between the jurisprudence of the high courts, as the Constitutional Court and the State Council have given different interpretations on the elements that make up the transition regime, preventing with this, the harmonious application of this legal mechanism.

**Keywords:** Transitional Regime, Public Servants, Old Age Pension, Basis of Settlement, Normative Integrity.

## INTRODUCCIÓN

Un Régimen de Transición es un mecanismo creado por el legislador para proteger los derechos, intereses y beneficios adquiridos, por la aplicación de leyes que serán derogadas del ordenamiento jurídico como consecuencia de la expedición de una nueva ley. En las palabras de Núñez (1999), citado por Castaño (2011) la transición es la ley mediante la cual se conserva para algunas personas la aplicación futura de ventajas de regímenes derogados ante la entrada en vigencia de una nueva legislación.

Es por esto que, tratándose de derechos pensionales relativos a la pensión de vejez, la ley 100 de 1993, por medio de la cual se creó el sistema de seguridad social vigente en Colombia, consagra en el artículo 36, el Régimen de Transición Pensional, pues era necesario salvaguardar los derechos y beneficios de las personas que estaban cerca de obtener su pensión con el Instituto de Seguros Sociales (ISS), hoy Colpensiones, a la entrada en vigencia de la ley 100<sup>2</sup>. Con el mencionado artículo de transición, se buscó que las personas que estaban próximas a pensionarse, quienes tenían una expectativa legítima, mantuvieran las condiciones del régimen al cual estaban afiliadas, sin tener en cuenta las disposiciones de la nueva ley, esto siempre y cuando continuarán en el mismo régimen y cumplieran con ciertos requisitos.

Aunque el asunto parezca claro, se han presentado dificultades al momento de la aplicación del régimen de transición a los servidores públicos, esto debido a que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, han interpretado de manera diferente el artículo 36 de la ley 100 de 1993, respecto de los elementos que componen dicho régimen, lo que ha generado que se presente una notable desigualdad para los beneficiarios del régimen de transición al momento de obtener la pensión de vejez.

Así las cosas, el presente trabajo pretende analizar la normatividad que rige el régimen de transición y las posturas del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respecto los elementos

---

<sup>2</sup> La Ley 100 de 1993 entró en vigencia el 1º de abril de 1994.

que integran el régimen de transición con el propósito esclarecer el tema y lograr darle una solución al conflicto jurisprudencial que se presenta.

## 1. ANÁLISIS NORMATIVO

En un principio, para que las personas pudieran acceder al régimen de transición de la ley 100 de 1993 debían tener al 1° de abril de 1994:

- 35 años de edad o más si son mujeres y 40 años de edad o más si son hombre
- O 15 años o más de servicios cotizados.

Es importante aclarar que, para los afiliados que hicieron sus aportes en el sector privado o como independientes, se toma en cuenta la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, como ya se había mencionado, esta es el 1° de enero de 1994. Sin embargo, tratándose de los afiliados con aportes al sector público, según el artículo 151 de la ley 100 de 1993, los requisitos para favorecerse al régimen de transición se debieron haber cumplido hasta el 30 de julio de 1995.

Posteriormente, mediante el acto legislativo 01 de 2005, se modificó el régimen de transición pensional de la ley 100, estableciendo que la vigencia de éste iría hasta el 31 de julio de 2010, pero solo para las personas que acreditaran 750 semanas cotizadas, además de los requisitos iniciales. De la misma manera indicó que, en cualquier caso el régimen de transición finalizaría el 31 de diciembre de 2014. Empero, se debe precisar que si bien, el régimen de transición terminó en el año 2014, las personas que cumplieron los requisitos exigidos (edad y las semanas cotizadas), en el término señalado, pero que no presentaron la solicitud de la pensión de vejez, no pierden el derecho a favorecerse del régimen de transición, ya que pueden hacerlo luego de que éste hubiera terminado, pues el fin de la transición es proteger las expectativas que tiene el afiliado de pensionarse conforme al régimen que lo cobija al momento de un cambio legislativo. De lo anterior, lo que se debe tener en cuenta es que las mesadas pensionales sí prescribirán en un término de 3 años desde el momento de la adquisición de dicho derecho.

Así pues, quienes cumplen con los requisitos enunciados, en las fechas mencionadas, continuarán amparados por el régimen anterior, sin que les afecte lo establecido en la nueva

legislación. Entonces, para continuar con el estudio de interés, es necesario saber cuáles son los regímenes pensionales anteriores a los que estaban sometidos los servidores públicos.

Es así como encontramos primero la ley 6ª de 1945, sobre este régimen Gustavo Sánchez Puerta señala que:

En su artículo 17, estableció por primera vez, el régimen prestacional general de los empleados y obreros de la Nación incluyendo el derecho a la pensión de jubilación, cuyos requisitos tanto para hombres como para mujeres era tener 50 años de edad y 20 años de servicios sean continuos o discontinuos. Esta pensión excluye el auxilio de cesantías, salvo los pagos parciales que se hayan hecho de manera legal.

El monto de dicha prestación social era equivalente a las “dos terceras partes del promedio de sueldo o jornales devengados por el afiliado con un mínimo de 30 pesos y un máximo de 200 pesos”. (Sánchez, 2013, p. 34)

Segundo, se halla el régimen inmediatamente anterior a la ley 100 de 1993, este es el consagrado en la ley 33 de 1985, que estableció un régimen “general” de todos los empleados oficiales, y sobre la pensión de jubilación dispuso:

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 trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. (Ley 33, 1985)

En síntesis, para la Ley 33 de 1985 los requisitos para pensionarse son: 20 años de servicios continuos o discontinuos y 55 años de edad para hombre y mujeres; con un monto de pensión equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base de cotización durante el último año de servicio.

Es de resaltar que la ley 33 de 1985, establece también un régimen de transición, vigente a partir del 13 de febrero de 1985, que se aplica a todos los empleados oficiales, ya sean de orden territorial o nacional, que hayan servido 20 años continuos o discontinuos y tengan 55 años de edad; aunque, “excepcionalmente, 50 años para las mujeres (si tenían 15 años de servicio oficiales al entrar en vigencia la L. 33/1985 por remisión de esta al régimen anterior)” (Sánchez, 2013, p. 35)

Conforme a todo lo antepuesto, se tiene entonces, que si un servidor público, al 30 de julio de 1995 contaba con; 35 (mujeres) o 40 (hombre) años de edad y 15 años de servicios cotizados, y si fuera el caso en el 2010 acreditaba 750, podía acceder al régimen de transición de la ley 100 de 1993, y como consecuencia adquirir la pensión de jubilación conforme al régimen pensional anterior, es decir el establecido en la ley 33 de 1985, pero es en este momento que nos preguntamos ¿qué elementos de la ley anterior se deben tener en cuenta en el régimen de transición?, el artículo 36 de la ley 100 de 1993 en el inciso segundo indica que la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto, son los establecidos en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Esto nos lleva a pensar que, cuando un servidor público cuente con 20 años de servicios continuos o discontinuos y tenga 55 años de edad, podrá gozar de una pensión equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base de cotización durante el último año de servicio.

#### ➤ **elementos que componen el régimen de transición**

Aunque el asunto parezca claro, es menester hacer un análisis sobre cuáles son los elementos que componen el régimen de transición, o sea, sobre si efectivamente la edad, el tiempo de servicio y/o las semanas de cotización y el monto integran el régimen de transición,

puesto que, en la actualidad, es un asunto que resulta bastante conflictivo al momento de la aplicación de la norma transicional por parte de los juzgados y tribunales, específicamente frente al elemento del monto, en tanto no existe una postura definida frente a este componente por parte de las Altas Cortes, convirtiéndose así este asunto de suma importancia, ya que, dependiendo la posición que se adopte, perjudicará o beneficiará a los afiliados al momento de adquirir la pensión de vejez, y así mismo se verá afectado el equilibrio financiero de la Nación.

Entonces, se tiene que, frente a la edad no se presenta dificultad alguna, pues es claro que se debe tener en cuenta la que indica el régimen anterior al que se estuviese adepto; es decir, en tratándose de los servidores públicos, tomamos en cuenta el régimen general de la Ley 33, la edad con la que pueden pensionarse los beneficiarios de la transición de la Ley 100, es la de cincuenta y cinco (55) años, ya sean hombres o mujeres.

En cuanto al tiempo de servicio y/o las semanas de cotización, lo que se debe indicar es que estos dos conceptos pueden ser sumados para acceder a la transición, pues así lo permite la ley 100 de 1993 en el artículo 13, literal f), el cual prescribe:

f) Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio. (Ley 100, 1993)

No obstante, como lo indica Quintero (2004), tratándose de la transición pensional del sector público, solo se tienen en cuenta los tiempos de servicio, con cotización o sin ella, prestados en el sector oficial, siendo posible también que además de los 20 años de servicio público (requisito general), tenga tiempo cotizado en el Instituto de Seguros Sociales (ISS) por servicios en el sector privado. Si fuere este el caso, el beneficiario tiene derecho al régimen de transición del sector público, y que el ISS hoy administrado por Colpensiones o el Fondo de

Pensiones del Régimen de Ahorro Individual me devuelvan las sumas cotizadas o la suma de sus aportes.

De acuerdo a lo indicado, frente a la edad y el tiempo de servicio no hay mayor duda, el problema surge en cuando al monto, puesto que hay contrariedades entre las altas cortes alrededor de este elemento de la transición. Lo primero que se debe anunciar es que el monto cuenta con dos nociones: por un lado el porcentaje y por el otro el Ingreso Base de Liquidación (IBL); siendo así, para una parte de la jurisprudencia, el artículo 36 de la ley 100 abarca las dos nociones, para la otra únicamente el porcentaje, más no la base salarial.

## **2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL**

Concretamente, existe un conflicto jurisprudencial, en el cual, el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha manifestado que el IBL compone el 75% del promedio de todos los factores salariales de carácter legal devengados en el último año de servicio en aplicación de la Ley 33 de 1985, exceptuando aquellos de creación legal. Y por otra parte, la Corte Constitucional, indica que el IBL para liquidar las pensiones de jubilación del régimen de transición, lo constituye el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años.

Dicho esto, se entrará a estudiar los argumentos de las posiciones enunciadas.

### **2.1. Postura del Consejo de Estado**

El Consejo de Estado, ha sustentado su posición principalmente en dos Sentencias de Unificación, la SU 112-09 del 04 de agosto de 2010, CP. Víctor Hernando Alvarado Ardila y la SU 0154101 del 25 de febrero de 2016, CP. Gerardo Arenas Monsalve y una tercera de extensión de jurisprudencia del 24 de noviembre del mismo año, 34-2013, CP. Gabriel Valbuena Hernández, en éstas ha manifestado que cuando se es beneficiario del régimen de transición debe aplicarse en su integridad las disposiciones contenidas en el régimen anterior para los empleados públicos que no tienen un régimen especial de pensiones, como se evidencia en la siguiente Sentencia:

En conclusión, la normatividad aplicable en este caso para efectos de determinar los requisitos de edad, tiempo de servicios y, especialmente, cuantía de la pensión de jubilación, son las Leyes 33 y 62 de 1985, pues, se reitera, aunque el actor es beneficiario del régimen de transición previsto por la Ley 100 de 1993 no lo es de las excepciones previstas por la Ley 33 de 1985, las cuales hacen referencia a los empleados oficiales “que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente”; a “aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones”; y, a quienes a la entrada en vigencia de dicha ley hubieren cumplido más de 15 años continuos o discontinuos de servicio, porque a ellos se les continuarán aplicando las normas especiales, de excepción o generales anteriores que sean pertinentes en cada caso concreto.

Entre tanto, como en otras oportunidades lo ha expresado esta Corporación, cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación y así lo solicitó en la demanda. (Consejo de Estado, sección II, SU 07509-01(112-09), 2010)

De esta forma, el órgano de cierre de la jurisdicción Contenciosa Administrativa, en su jurisprudencia ha sido enfática al indicar que cuando una persona es beneficiaria del régimen de transición debe aplicarse en su integridad las disposiciones contenidas en el régimen anterior, que como se dijo anteriormente, para los empleados públicos que no tienen un régimen especial de pensiones sería la Ley 33 de 1985.

En esta misma sentencia el Consejo de Estado estudió los factores salariales que componen la liquidación de las pensiones, pues el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 del mismo año, enuncia algunos factores salariales para la liquidación pensional señalada en el artículo 1° de dicha norma; sin embargo, no existía un criterio uniforme sobre, si estos factores eran taxativos, entonces al respecto se pronunció así:

(...) Sin embargo, respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, esta Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 3° de la Ley 33 de 1985, pues mientras en algunas ocasiones se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes; y, finalmente se expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma.

(...)

De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. (Consejo de Estado, sección II, SU 07509-01(112-09), 2010)

Para sustentar esta posición la Sección Segunda del Consejo de Estado, tuvo en cuenta aspectos como la naturaleza jurídica de la pensión de jubilación, los principios de progresividad y favorabilidad en materia laboral, las finanzas públicas y por su puesto los factores salariales, y conforme a estos y con la finalidad de garantizar los principios de primacía de la realidad sobre las formas, igualdad material y favorabilidad en materia laboral, llega a la conclusión de que la Ley 33 de 1985 para el caso analizado, no indica en forma taxativa los factores salariales que comprenden la base de liquidación pensional, sino que éstos están solamente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Así que, al aplicar el régimen de transición es necesario acudir a la norma correspondiente en su integridad, sin ignorar ningún aspecto inherente al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, principalmente cuando esto resulta más favorable para el beneficiario de la prestación, y así lo ha solicitado.

Por ello, si se considerara de manera taxativa que la leyes que enlistan factores salariales sobre los cuales se va a calcular el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, se tiene como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues con el trascurso del tiempo se manifiesta una disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en materia de pensiones.

En armonía con la normatividad vigente y los criterios jurisprudenciales trazados en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos cobijados por el régimen general de la Ley 33 de 1985, se debe tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independiente de la denominación que se le dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, dominicales y festivos, horas extras, bonificación de servicios prestados, prima de navidad, prima de servicios, entre otros, además de aquellos que reciba el empleado y que su denominación sea diferente a los enunciados que se cancelan de manera habitual como retribución directa del servicio, excluyendo los valores que cubren riesgos o incidentes a los que los trabajadores pueden enfrentarse.

Para continuar, ahora se hablará de lo dispuesto por el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación 0154101 del 25 de febrero de 2016, CP. Gerardo Arenas Monsalve. En esta providencia, ésta Corporación unificó las directrices para determinar si las pensiones cubiertas bajo el régimen de transición pueden ser re liquidadas conforme a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 y la Ley 62 de del mismo año, es decir, si el IBL está compuesto por la totalidad de los factores cotizados durante el último año de prestación de servicios, o si para determinar el ingreso base de liquidación debe aplicarse lo establecido en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como lo ha venido sosteniendo la Corte constitucional.

Al respecto, el Consejo de Estado determinó que tal y como lo expone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión para sus beneficiarios, es el establecido en la normativa anterior a su entrada en vigencia, entendiéndose por monto no sólo el porcentaje de la pensión, sino la base para éste porcentaje, conforme lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En ese orden de ideas, el Consejo de Estado estableció que el monto de la pensión de jubilación cobijada bajo en régimen de transición en discusión, debe liquidarse de acuerdo a la norma anterior aplicable, es decir para los servidores públicos sería a ley 33 de 1985. Es por eso que determinó, además, que se deben tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicio, independientemente si sobre ellos se hayan hecho o no aportes a la seguridad social, pues señaló que sobre los que no se hicieron descuento no se pueden excluir, sino que al momento del reconocimiento pensional, la entidad de previsión social, debe efectuar los descuentos pertinentes, en miras de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Así pues mediante la Sentencia de Unificación 0154101 del 25 de febrero de 2016, CP. Gerardo Arenas Monsalve, manifestó:

Quiere en esta oportunidad el Consejo de Estado señalar que, de conformidad con lo expuesto y como se expresó con anterioridad en esta providencia, el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%). La única excepción a este criterio la constituyen las pensiones de Congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4° de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013, pues conforme a la parte resolutive de la referida sentencia de control constitucional, “las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL), aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso”.

Quiere insistir el Consejo de Estado en las razones que sustentan su postura tradicional con respecto al ingreso base de las pensiones del régimen de transición, y que ahora reitera:

La complejidad de los regímenes especiales pensionales, aplicables en virtud del régimen de transición, hace altamente razonable la interpretación que tradicionalmente ha tenido esta Corporación respecto de la expresión “monto” contenida como criterio general en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Esta interpretación ha sido compartida en múltiples sentencias de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado en forma reiterada y pacífica. La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional. El principio constitucional de igualdad, en este caso se vería seriamente afectado en un aspecto cardinal de los derechos sociales como lo son las pensiones. Igual reflexión cabría sobre el impacto económico, que en todo caso ya se asumió para la generalidad de los pensionados, quedando muy pocos pendientes de esa decisión. Debe recordarse que el Acto Legislativo No. 1 de 2005, además de introducir el concepto de sostenibilidad financiera al sistema pensional, dispuso que el Estado “asumirá la deuda pensional que esté a su cargo”.

Los serios argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones de la sentencia C-258 de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa oportunidad, no pueden

extenderse a las demás pensiones de los regímenes especiales del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas.

La Corte Constitucional no ha rechazado la postura del Consejo de Estado en este punto en forma expresa, en acciones de tutela en las que esta Corporación haya sido accionada, por lo cual la sentencia SU-230 de 2015 no le sería aplicable, dado que, como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, debería tener derecho, como mínimo a defender su posición en tales acciones. Cuando tal cosa suceda, es de esperar que la Corte Constitucional examine los argumentos aquí expuestos y debata a su interior el alcance de los mismos antes de pronunciarse sobre este importante tema.

Los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, que la misma Corte Constitucional ha estimado incorporados a la Constitución Política colombiana en virtud del llamado “bloque de constitucionalidad”, no se predicán exclusivamente de los cambios legales sino también de las variaciones jurisprudenciales. Si la interpretación tradicional del Consejo de Estado sobre el concepto de “monto” en las pensiones del régimen de transición del sector público se ha aplicado a la generalidad de los pensionados de dicho sector, tanto en sede administrativa como en las decisiones judiciales, y esa interpretación ha sido compartida por la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad y de tutela, no parece acorde con los referidos principios de progresividad y no regresividad el cambio jurisprudencial que se pretende introducir con la sentencia SU-230 de 2015.

En efecto, si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional y queda pendiente, en consecuencia, un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido el asunto conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera que imponga el cambio jurisprudencial que plantea la sentencia SU-230 de 2015, y en cambio sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los

principios de igualdad y de progresividad. (Consejo de Estado, Sección II, SU0154101, 2016)

Finalmente, se encuentra lo señalado por el Consejo de estado en la Providencia de extensión de jurisprudencia del 24 de noviembre de 2016 respecto de la SU del 04 de agosto de 2010. En esta sentencia la Subsección Segunda, Sección A, en Ponencia del Consejero Dr. Gabriel Valbuena Hernández, insistió en la posición que tiempo atrás esa jurisdicción ha venido sosteniendo, en el sentido de que las pensiones del régimen de rendición del sector público debe liquidarse con el 75% del promedio del promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio que sean de creación legal, explicando también que las sentencias SU 230 de 2016 y SU 427 de 2016, buscan evitar que se reconozcan pensiones que no se compadecen con lo cotizado por el pensionado, lo que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad con la prestación. “Esto ocurre, por ejemplo, cuando «bajo el amparo de una tesis sobre las reglas de la transición y del ingreso base de liquidación defendida por alguna corporación judicial de cierre se obtienen ventajas irrazonables frente a la verdadera historia laboral del peticionario»” (Consejo de Estado, Sección Segunda, SU 3413-13, 2016), en consecuencia dichas sentencias se encuentran referidas “a los casos en que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición, “«obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral, y por el contrario, representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva (...)»” (Consejo de Estado, Sección Segunda, SU 3413-13, 2016).

Es por esto que, el Consejo de Estado advierte que la sentencia de unificación del 25 de febrero de 2016, confirma, la postura que se ha venido sosteniendo sobre el régimen de transición en pensiones de la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010, razón por la cual conserva las razones relacionadas con el ingreso base de las pensiones del régimen de transición, el cual es inescindible, contempla beneficios que no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad y no se puede aplicar por partes sino en toda su extensión, so pena de crear un régimen híbrido y atípico. Siendo así, se afirma entonces que el artículo 36 de Ley 100 de 1993 que

contiene el régimen de transición, abarca la edad, el tiempo de servicio y el monto de prestación, y que este último comprende factores salariales, porcentaje y el tiempo a tomar en cuenta para la liquidación.

Concluye el Consejo de Estado que, al aplicar el concepto de su Sección Segunda, no se violenta el principio de razonabilidad en la prestación, pues en suma lo que señala es que los derechos salariales y prestacionales conforman una base integral, siendo la pensión de jubilación el reflejo de la realidad laboral o como la misma Corte Constitucional lo ha manifestado el salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo compuesto por todos los factores que contribuyen sus servicios.

Finalmente se destaca que las Sentencias de Unificación del Consejo de Estado, se adoptan dentro del sistema de fuentes del derecho y tienen carácter prevalente y vinculante, a la luz de lo dispuesto en los artículos 10, 102 y 269 de la Ley 1437 de 2011, igualmente teniendo en cuenta los artículos 334 y 53 de la Constitución Política, sobre los cuales la Sentencia del 24 de noviembre de 2016, se pronunció así:

De acuerdo con el párrafo del artículo 334 de la Constitución Política «bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva». No se puede favorecer la sostenibilidad fiscal, como se sostiene en las sentencias SU en mención, a cambio del menoscabo de los derechos fundamentales de los pensionados, relacionados con la reliquidación y reajuste de su prestación social, los cuales tienen incidencia en los derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital y a la dignidad humana, entre otros.

El artículo 53 constitucional consagra el principio de favorabilidad al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho. La jurisprudencia del Consejo de Estado garantiza de manera efectiva los derechos de las personas asalariadas de quienes han consagrado su vida y su fuerza laboral al servicio de la sociedad, con la expectativa legítima de obtener una pensión de jubilación justa que

refleje su trabajo y su esfuerzo y no por ello puede considerarse un abuso del derecho, fraude a la ley o existencia de conductas ilícitas o amañadas. (Consejo de Estado, Sección Segunda, SU 3413-13, 2016).

## **2.2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional**

Por su parte, la Corte Constitucional, ha sostenido su posición, especialmente en tres Sentencias, la SU-427 de 2016, que a su vez fundamenta la SU-230 de 2015 y la C-258 de 2013, postura según la cual el IBL para la liquidación de las pensiones de jubilación del régimen de transición de los servidores públicos, lo constituye el promedio de lo cotizado en los 10 últimos años de servicio.

A partir de la sentencia C-258, se empieza a crear las bases para cambiar la interpretación de la Corte Constitucional sobre el IBL de las pensiones del régimen de transición. Esta sentencia resolvió la demanda de constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, la cual consagra el régimen de pensión de los congresistas y los Magistrados de las Altas Cortes; pero, a pesar de que la Corte no analizó la constitucionalidad de régimen de transición del artículo 36 (incisos 2º y 3º) de la Ley 100, si manifestó que:

En efecto, la Sala recuerda que el propósito original del Legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como se desprende del texto de la disposición y de los antecedentes legislativos, fue crear un régimen de transición que beneficiara a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas. Para estas personas, el beneficio derivado del régimen de transición consistiría en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo. El Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36. Hecha esta aclaración, la Sala considera que no hay una razón para extender un tratamiento diferenciado ventajoso en materia de Ingreso Base de Liquidación a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992; en vista de la ausencia de justificación, este tratamiento diferenciado

favorable desconoce el principio de igualdad. (Corte Constitucional, Sala Plena, D-9173 y D-9183, 2013)

Teniendo como precedente la sentencia de constitucionalidad mencionada, la Corte Constitucional se manifestó en la Sentencia SU- 230 de 2015, indicando que, sobre el régimen de transición del artículo 36, se realizó una interpretación en abstracto, al respecto expresó:

Aunque la interpretación de las reglas del IBL establecidas en la Sentencia C-258 de 2013 se enmarcan en el análisis del régimen especial consagrado en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, con fundamento (i) en que dicho régimen vulneraba el derecho a la igualdad al conceder privilegios a una de las clases más favorecidas de la sociedad y (ii) en la medida en que el régimen especial de congresistas y magistrados contiene ventajas desproporcionadas frente a los demás regímenes especiales, ello no excluye la interpretación en abstracto que se realizó sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en este las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca. (Corte Constitucional, Sala Plena T- 3.558.256, 2015)

Concluyendo que, al realizar la interpretación del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el IBL de las pensiones que deben ser liquidadas bajo el régimen de transición, se compone por los ingresos cotizados de los últimos 10 años, como se evidencia a continuación:

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

En ese sentido, como la Sala Plena tiene competencia para establecer un cambio de jurisprudencia, aún en aquéllos casos en que existe la denominada jurisprudencia en vigor, el anterior precedente interpretativo es de obligatoria observancia. (Corte Constitucional, Sala Plena T- 3.558.256, 2015)

En último lugar, se encuentra la Sentencia de Unificación del 11 de agosto de 2016, la Corte Constitucional profirió la Sentencia SU 427 de 2016 en la cual reiteró la jurisprudencia que al respecto ha trazado sobre la interpretación jurisprudencial del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, indicando que debe liquidarse la pensión de jubilación con el promedio de lo devengado en los últimos diez años de servicio, al considerar que el ingreso base de liquidación no es un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Expresamente dijo la corte:

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión. (Corte Constitucional, Sala Plena, T-5.161.230, 2016)

## CONCLUSIÓN

Conforme a lo expuesto, es evidente el choque que se presenta, frente al tema de la transición, concretamente respecto del monto como elemento del régimen transicional, situación que hasta el día de hoy continua poniendo en aprietos a los juzgados y tribunales al momento de fallar procesos sobre el régimen de transición, pues como se indicó al principio a pesar de haber finalizado el régimen de transición, hay personas que aun cumpliendo los requisitos para acceder a este, no han solicitado la pensión de vejez y conservan ese derecho, además de los casos que en este momento se encuentran en trámite ante la administración de justicia.

Ahora, si bien es claro que el Consejo de Estado es el órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y por tanto, el encargado de manejar los asuntos de los servidores públicos, también es claro que la Corte Constitucional es la responsable de conservar la integridad y supremacía de la Constitución, norma superior en nuestro ordenamiento jurídico. Así las cosas, considero que lo más acertado es encontrar un punto medio, en el que no se vean afectados los derechos y expectativas legítimas de los beneficiarios del régimen de transición ni

el equilibrio financiero del sistema, ya que, si se adoptara la posición de la Corte Constitucional, habría una notable desigualdad entre los que adquirieron la pensión de vejez cobijados bajo la posición del Consejo de Estado y los que la obtendrán bajo los parámetros de la Corte Constitucional, y por otra parte, si se acoge la posición del Consejo de Estado, la cual garantiza un monto mayor a los pensionados, rápidamente se llegaría a un quiebre del sistema de seguridad social colombiano. Por tanto un punto medio sería, por ejemplo; establecer que se debe tener en cuenta para determinar si se aplica o no el precedente de la SU- 230 de 2015<sup>3</sup>, la fecha de causación del derecho o la fecha de presentación de la demanda.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Castaño, S. L. (2011). *La transición en el régimen de pensiones*. Bogotá, D.C.: Librería Ediciones del Profesional LTA.

Colombia. Congreso de la República. *Ley 6ª*. (19 de febrero de 1945). Por la cual se dictan algunas

disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo. *Diario oficial*. Bogotá.

Colombia. Congreso de la República. *Ley 33* (29 de enero de 1985). Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público. *Diario oficial*. Bogotá.

Colombia. Congreso de la República. *Ley 100*. (23 de diciembre, 1993). Por la cual se crea el

---

<sup>3</sup> Posición de la Corte Constitucional, que indica que el IBL no es un elemento de transición.

Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones. *Diario oficial*. Bogotá.

Colombia. Congreso de la Republica. *Acto Legislativo 01* (22 de julio de 2005). Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política. *Diario oficial*. Bogotá.

Consejo de Estado, Sección Segunda. (04 de agosto de 2010) Sentencia de Unificación, N° 25000232500020060750901(0112-09) [CP. Víctor Hernando Alvarado Ardila]

Consejo de Estado, Sección Segunda. (25 de febrero de 2016) Sentencia de Unificación N° 25000234200020130154101 [CP. Gerardo Arenas Monsalve]

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”. (24 de noviembre de 2016) Extensión de Jurisprudencia N° 11001032500020130134100 (34-2013) [CP. Gabriel Valbuena Hernández]

Corte Constitucional, Sala Plena. (7 de mayo de 2013). Expediente D-9173 y D-9183 [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Corte Constitucional, Sala Plena. (29 de abril de 2015). Expediente T- 3.558.256 [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Corte Constitucional, Sala Plena. (11 de agosto de 2016). Expediente T-5.161.230 [Luis Guillermo Guerrero Pérez]

Sánchez, G. (2013). *Actualidad pensional en el sector público colombiano*. Librería jurídica Sánchez R. LTDA.

Quintero, A. (2004). *Régimen de transición pensional de los empleados públicos*. (Especialización

en derecho del trabajo y de la seguridad social). Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia.