

**LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DE CREACIÓN DEL DERECHO FRENTE A
LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993 BAJO EL AMPARO
DE LA LEY 33 DE 1985.**

Rodrigo Tovar Alarcón, Juan Carlos Pérez Carreño



UNIVERSIDAD
La Gran Colombia

Vigilada MINEDUCACIÓN

maestría en derecho, facultad de derecho y ciencias políticas y sociales

Universidad la Gran Colombia

Bogotá

2022

La jurisprudencia como fuente de creación del derecho frente a la aplicación del artículo 36 de la ley 100 de 1993 bajo el amparo de la ley 33 de 1985.

Rodrigo Tovar Alarcón, Juan Carlos Pérez Carreño

Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al título de Magister en Derecho

Director: Doctor Juan Diego Díaz Quiñones



maestría en derecho, facultad de derecho y ciencias políticas y sociales

Universidad la Gran Colombia

Bogotá

2022

Tabla de contenido

Tabla de contenido.....	3
Resumen	6
Abstract.....	7
Introducción.....	8
Objetivos	11
Objetivos Específicos.....	11
Marco teórico	12
Metodología.....	16
Capítulo I. De los valores, principios y reglas.....	17
Capitulo II. Análisis de las sentencias del 04 de agosto de 2010 radicado No. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) y del 28 de agosto de 2018 radicado No. 52001-23-33-000-2012-00143-01) proferidas por el Consejo de Estado.	36
2.1. Fallo del 04 de agosto de 2010 del Consejo de Estado Sección Segunda con radicado No. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), MP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila	
36	
2.2. Fallo del 28 de agosto de 2018 del Consejo de Estado Sala Plena con radicado No. 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ), MP Dr. César Palomino Cortés	40
Capitulo III. Cambio de precedente jurisprudencial	48
Capitulo IV desarrollo de la pregunta de investigación – análisis y discusión de resultados.	57

Conclusiones.....64

Bibliografia.....66

Lista de Tablas

Tabla 1 Comparación fallos proferidos por el Consejo de Estado	44
Tabla 2 Sentencias de la Corte Constitucional tomadas como referencia en la sentencia del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018, dentro del proceso con radicado No. No. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-).....	51
Tabla 3 Comparativo - monto en la pensión de vejez y/o jubilación de ley 100 de 1993, ley 33 de 1985 y Decreto 1160 de 1989.....	58

Resumen

El cambio en la jurisprudencia del Consejo del Estado, a partir de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 dentro del expediente con radicado No. 52001-23-33-000-2012-00143-01, Ponente Dr. César Palomino Cortés, relacionada con los factores salariales sobre los cuales se debe liquidar la pensión de jubilación de los servidores públicos, reconocida bajo el amparo del régimen de transición previsto el artículo 36 de la ley 100 de 1993, y a quienes se les aplique la ley 33 de 1985, sufrió cambios que afectaron la seguridad jurídica y expectativas en la solicitud de reliquidaciones de prestaciones que creían tener derecho a partir del 04 de agosto de 2010, cuando se profirió la sentencia dentro del proceso con radicado No. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, y sobre la cual se venía reconociendo el reajuste prestacional sobre el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios, hasta el 23 de agosto de 2018, cuando la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, determinó que ahora los factores salariales a tener en cuenta son aquellos sobre los cuales se han efectuado cotizaciones durante los últimos diez (10) años anteriores a la consolidación del derecho.

Palabras claves: cambio de jurisprudencia, ley 33 de 1985, reliquidación de factores salariales, ingreso base de liquidación, operador judicial.

Abstract

The change in the jurisprudence of the State Council, from the unification sentence of August 28, 2018 within the file with file No. 52001-23-33-000-2012-00143-01, Speaker Dr. César Palomino Cortés , related to the salary factors on which the retirement pension of public servants must be settled, recognized under the protection of the transition regime provided for in article 36 of Law 100 of 1993, and to whom Law 33 of 1985 is applied , suffered changes that affected the legal certainty and expectations in the request for reassessment of benefits that they believed they were entitled to as of August 4, 2010, when the sentence was pronounced within the process with file No. 25000-23-25-000-2006 -07509-01(0112-09), Speaker Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, and on which the readjustment of benefits had been recognized on the average of the salary factors accrued in the last year of services, until on August 23, 2018, when the Full Administrative Litigation Chamber determined that now the salary factors to be taken into account are those on which contributions have been made during the last ten (10) years prior to the consolidation of the right.

Keywords: change of jurisprudence, law 33 of 1985, reassessment of salary factors, income based on liquidation, judicial operator

Introducción

Los ciudadanos, como parte de un Estado de Derecho o Social de Derecho de un alto corte positivista, es decir, un derecho enmarcado en leyes prescritas y públicas, buscamos regular nuestras acciones determinando las consecuencias de un actuar sobre los principios de la legalidad y de la confianza legítima; Es en últimas la existencia de normas y confianza en el resultado de su aplicación, sea por la administración o los operadores judiciales, quienes se ven llamados a motivar sus decisiones en el derecho y la Ley.

Se espera que, con fundamento en lo mencionado, tanto de la administración como de los operadores judiciales hagan efectivas las normas causando los efectos jurídicos de éstas sobre un caso particular y, en lo posible, se extienda esta resolución a casos similares de tal forma que cuando un ciudadano se encuentre relacionado con un caso del cual ya existe un antecedente judicial, pueda verse llamado a corregir su actuar o lanzarse en un litigio.

La confianza del particular, quien corrige su actuar o se lanza en un litigio, se avoca en la lógica de si su caso es similar a otro y ese fue resuelto con una determinada decisión por el operador judicial, se obtenga la misma decisión de otro operador judicial en su caso, pues a juicio de los administrados la interpretación de las normas y el derecho no puede variar entre operadores judiciales, siendo el llamado a que el operador judicial de turno este en armonía con las decisiones de sus pares o superiores. De ello, se predica la seguridad jurídica la cual enerva el principio de la igualdad, por cuanto, somos iguales ante la Ley debiendo recibir el mismo trato de los operadores judiciales.

La seguridad jurídica siempre ha sido una constante incertidumbre para los administrados o particulares en este Estado Social de Derecho, dada esa facultad constitucional en los jueces para llenar los vacíos propiciados por el legislador creando una legislación alterna derivada de la interpretación normativa o en su lugar, modificar el precedente judicial o los criterios orientadores enfocados en la hermenéutica jurídica. La Ley queda como un compendio normativo meramente enunciativo con una aplicación volátil y/o fluctuante al contexto social o incluso al ánimo del Juez.

Suma de lo mencionado, son las decisiones de los operadores judiciales basadas en una corriente más cercanas al neoconstitucionalismo, con las cuales se pretende ejercer una interpretación o hacer aplicación directa a la Constitución para resolver una litis y, a su vez, entra en el juego del realismo jurídico, como la materialización del derecho por medio de los fallos judiciales permeados de tintes políticos sin alejarse del principio de justicia. Estas dos doctrinas o escuelas jurídicas convidan por regla general al operador judicial a tener una postura distinta en la aplicación del derecho y la Ley; Elementos que llevan a pensar en la modificación del antecedente judicial.

Con la modificación del antecedente judicial, hoy un juez puede negar en su fallo un derecho a un particular, donde previamente a otro particular en las mismas condiciones de hecho le fue concedido por un operador judicial distinto, quebrantándose en un inicio el principio de la igualdad y con ello el principio de la seguridad jurídica, por cuanto, se infringe la confianza legítima al no tener el resultado esperado en la aplicación de la norma respecto de un caso determinado con una misma identidad de causa. Un fallo de un Juez de una alta corte puede afectar directamente un derecho en discusión, aun cuando la discusión previamente ha sido zanjada por un Juez de la misma Corte.

El fallo del 04 de agosto de 2010 del Consejo de Estado - Sección Segunda, con radicado No. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), MP Dr. Victor Hernando Alvarado Ardila, reconoció al trabajador oficial que se encontraba en el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de (1993), el liquidar su mesada pensional teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año. En un giro sorpresivo, el fallo del 28 de agosto de 2018 de este mismo órgano, con radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ), MP Dr. César Palomino Cortés, limitó al mismo grupo poblacional la liquidación de la mesada pensional sólo sobre los aportes efectivamente realizados y planteó tres reglas para su concreción.

Estos dos fallos llaman la atención al presentarse al menos dos situaciones materia de estudio, por un parte los principios afectados como lo son los principios de igualdad, confianza legítima y seguridad jurídica, mencionando también los principios del ordenamiento constitucional en materia laboral como la irrenunciabilidad de los derechos mínimos y el principio de favorabilidad. Por otra parte, la incertidumbre dejada por el legislador al expedir el régimen de la seguridad social en especial su artículo 36 en la Ley 100 de 1993, al no tenerse claridad si era o no aplicable lo concerniente al cálculo de la mesada pensional o el IBL de los trabajadores oficiales tomando el susodicho régimen o, si por estar amparados en el régimen de transición, le eran aplicables norma distinta más favorable.

Lo anterior ha llevado a plantear el siguiente interrogante ¿el fallo del 28 de agosto de 2018 del Consejo de Estado, Sala Plena, con radicado No. 52001-23-33-000-2012-00143-01, MP Dr. César Palomino Cortés, afectó derechos legítimos de los trabajadores oficiales infringiendo el principio de la seguridad jurídica al modificar el precedente judicial del fallo 04 de agosto de 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado con radicado No. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), MP Dr. Victor Hernando Alvarado Ardila?.

Objetivos

Objetivo General

Determinar si el fallo del 28 de agosto de 2018 del Consejo de Estado Sala Plena con radicado No. 52001-23-33-000-2012-00143-01, MP Dr. César Palomino Cortés, afectó derechos legítimos de los trabajadores oficiales infringiendo el principio de la seguridad jurídica al modificar el precedente judicial del fallo 04 de agosto de 2010 del Consejo de Estado Sección Segunda con radicado No. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), MP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Objetivos Específicos

1. Enunciar el principio de la seguridad jurídica, los principios componentes de éste y su correlación con la jurisprudencia y/o el antecedente judicial, para fundar su carácter vinculante a la actividad judicial.

2. Definir la construcción de la seguridad social como principio y derecho fundamental, visualizando la normatividad para el cálculo de la mesada pensional, del régimen de la Ley 100 de 1993 y normas previas: artículo 36 de la Ley 100 de 1993, artículo 1 de la Ley 33 de 1985 y artículo 10 del Decreto 1160 de 1989.

3. Confrontar el fallo del 04 de agosto de 2010 del Consejo de Estado Sección Segunda con radicado No. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), MP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, con el fallo del 28 de agosto de 2018 del Consejo de Estado Sala Plena con radicado No. 52001-23-33-000-2012-00143-01, MP Dr. César Palomino Cortés.

Marco teórico

Con miras a desarrollar los objetivos propuestos y dar respuesta a la inquietud formulada en la presente investigación, resulta oportuno traer como soporte teórico lo mencionado por las siguientes corrientes de pensamiento: el realismo jurídico, el neoconstitucionalismo y la teoría de la interpretación judicial.

El realismo jurídico, para Campos & Sepúlveda, (2013), inicia a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX y en América del Norte es visto como un método filosófico que entiende el derecho con eficacia normativa, o la posibilidad de tomar decisiones judiciales. Para ellos, la ley no está formada por una declaración idealista de lo que es vinculante, sino por reglas que la sociedad realmente sigue o que imponen las agencias gubernamentales.

Rojas González (2020), sostiene ser la visión del realismo jurídico y concibe la materialización del derecho a través de la realización de la justicia, aplicando el derecho a la consecución del bien común, esto mediante la fuerza del Estado; continúa señalando, es el fundamento de la justicia en el realismo jurídico la postura aristotélico-tomista de dar a cada uno lo suyo.

Salazar (2012) en Colombia resalta tres pioneros del realismo jurídico:

1. Joaquín Zabalza Iriarte (1998), fundador en 1968 de la Facultad de Filosofía y Humanismo en la Universidad Santo Tomás señala que: “La realidad es, en el inicio la fuente originaria de la ley y, en el término, el criterio objetivo de su verificación. La realidad dicta la ley, es el criterio objetivo de la ley” (como se cita en Salazar, 2012 p. 21).

2. Iva Myriam Hoyos Castañeda “ha sido profesora de las universidades del Rosario, La Gran Colombia, La Sabana y la Universidad de Navarra en España, actualmente se desempeña como Procuradora Delegada ante la Corte Suprema de Justicia” (como se cita en Salazar, 2012, p. 28)

La existencia del Derecho radica en la unidad finalística que caracteriza a la persona humana, en el ser dueño de sí misma (*sui iuris*), autónoma (libre) y digna ante sí y ante otros (exigente). Por eso puede decirse que en la persona humana el ser, el deber ser y el haber están inscritos en forma de realidad (Hoyos Castañeda, 1991; p. 131 como se cita en Salazar, 2012. p. 25).

3. Francisco José Herrera Jaramillo, regenta las cátedras de Filosofía Jurídica en las universidades Javeriana, Externado, del Rosario y Andes, fue magistrado auxiliar en la Corte Constitucional, autor de varios libros entre los que se destacan “Derecho a la vida” su laureada tesis doctoral y “Filosofía del Derecho”, en el cual continúa como Zabalza Iriarte y Hoyos Castañeda, las huellas de su maestro Hervada y su concepción realista del Derecho, es decir la cosa justa (Zabalza y Hoyos, como se cita en Salazar, 2012, p. 25).
“El derecho es lo justo, lo debido y por ser debido, lo exigido; pues si un bien no es debido ¿Cómo puede ser exigido?” (Herrera Jaramillo, 1996; p. 52 Como se cita en Salazar, 2012, p.25).

De cada autor, se puede en unisonó definir del derecho dese la óptica del realismo jurídico.

El Derecho es una idea, con un género próximo consistente en ser una cosa y una diferencia específica que es lo justo. El derecho es la cosa justa, debida y exigible; dicha exigibilidad la otorga un título jurídico que es la ley; por ende, surge el justo natural y el justo legal, que en veces no coinciden; tal contradicción debe ser superada por la

finalidad misma del derecho valiéndose de la iusfilosofía, que es la ciencia de la cosa justa. (Salazar, 2012, p. 28).

Por otra parte, tenemos al neoconstitucionalismo, llamando nuestra atención el Autor Diego López Medina (2006) con su libro Interpretación Constitucional, el derecho debe interpretarse desde la Constitución Política al ser esta norma de normas, si bien la ley es la materialización del poder legislativo como la manifestación de un derecho técnico, junto con sus criterios de validez, eficacia y legitimidad, la Ley no podía desconocer los acuerdos suscritos en la constitución por el constituyente primario, aunque esto no fue siempre así, sino hasta la llegada del estado social de derecho, donde la acción de tutela democratizó el derecho, pudiendo los particulares pedir al Juez Constitucional la revisión de las leyes expedidas por el poder legislativo para declarar su exequibilidad o inexecutable; determinando si son ajustadas a la Constitución o si es el caso delimitar su interpretación o dejarlas sin efectos jurídicos por contrariar la Constitución, desapareciéndolas del espectro normativo.

El planteamiento López Medina (2006) se ha replicado en otros autores, quienes llegan a la conclusión del deber hacerse la interpretación de la norma a través de la Constitución, como lo es en el caso de Velasco y Vladimir (2015) es el papel de los jueces constitucionales garantizar que al momento de aplicar una norma no se contraría un derecho fundamental y Trujillo y Giraldo (2014) concibiendo al neoconstitucionalismo como constitucionalismo propiciando una democratización del derecho, evitando la concentración de éste en órganos del Estado.

Finalmente, tenemos la teoría de la interpretación judicial. “Una teoría de la interpretación jurídica es un estudio científico y descriptivo, mientras que un estudio doctrinal significa estudio político o ideológico de la interpretación” (Gimeno, 2000, p.306). Para Gimeno (2000), quien hace un análisis de la obra de Riccardo Guastini sostiene que, no todo puede

llamarse interpretación. Al ejercicio de solicitar aplicar a la situación X la solución Y, porque esta fue aplicada en su momento, solo es una reiteración de una interpretación a un caso puntual y no requiere ninguno juicio de valor, salvo identificar la situación sea similar para aplicar X, en su lugar, si a la situación X no tiene una solución y se propone sea Y o si para la situación X se propone una solución Z alejándose de la solución Y, podríamos hablar de una interpretación, porque se requiere un juicio de valor tanto de los preceptos legales como de los hechos, para concluir la solución aplicable a la materia, por ello, se debe hacer al momento de interpretar los planteamientos a saber desde la doctrina de interpretación jurídica: “D1, ¿cómo se debería interpretar?; D2, ¿qué técnicas son las correctas para interpretar, es decir, cuáles se deben usar y cuáles no?, y D3, ¿cuáles son los límites que debería tener la interpretación del derecho?” (Gimeno, 2000, p. 312).

Verbigracia de los fundamentos teóricos; del realismo jurídico observamos el derecho como algo subjetivo y relativo tomando su significancia y eficacia por medio de los fallos judiciales, los administrados aunque hacen una interpretación de la norma y acomodan su comportamiento a ésta, solo será validado su comportamiento por un Juez de la Republica quien definirá si su actuar es acorde o no a la ley negando o concediendo el derecho o la multa; del neoconstitucionalismo tenemos la aplicación directa de la Constitución por los operadores judiciales versando sus decisiones en ejercicio interpretativo de los principios Constitucionales, adecuando la norma o su interpretación a los fines perseguidos por el legislador o legislador primario y: de la teoría de la interpretación normativa nos da ese sentido de entendimiento del Juez sobre la norma, adelantándonos o centrándonos en su juicio como operador judicial.

Estos criterios teóricos, nos permitirá tener una comprensión más clara y enfocada para resolver el problema jurídico planteado, restando por descifrar en su curso el principio de la

seguridad jurídica, los principios de la igualdad y confianza legítima, el principio de la seguridad social y la reglamentación de la pensión o el ingreso base de liquidación para el régimen actual, de transición y el previsto antes de la ley 100 de 1993.

Metodología

Este trabajo seguirá una metodología investigativa cualitativa con una metodología de investigación jurídica de análisis y síntesis. Lo primero es repasar los conceptos teóricos como los principios y prácticos como las normas de la pensión de vejez, para luego descomponer ambas sentencias en sus hechos, su decisión y sus reglas, continuando con su composición abarcando el cambio del precedente jurisprudencial y finalizando con analizar cómo es la interpretación adecuada de la norma en aplicación de los principios y cuál fue el error del operador judicial, si lo hubo.

Hipótesis

Podemos adelantarnos y referir el fallo del 28 de agosto de 2018 del C.E. Sala Plena con radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ), MP Dr. César Palomino Cortés, haber infringido a los trabajadores oficiales el principio de la confianza legítima creada del fallo del 04 de agosto de 2010 del C.E. - Sección Segunda con radicado No. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), MP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, más no el principio de la seguridad jurídica, porque si bien se da un cambio de precedente judicial donde se crea una desmejora a la condición de pensión de los trabajadores oficiales con el fallo del año 2018 frente al fallo del año 2010, el fenómeno del cambio de precedente judicial está considerado como salvaguarda de la seguridad jurídica, al evitar que juicios queden en letra muerta y se vuelvan un lastre para la sociedad desconociendo el contexto o la actualidad del país y las normas salientes derogando o modificando las ya existentes.

Capítulo I. De los valores, principios y reglas

Los principios Constitucionales están inmersos en nuestro ordenamiento jurídico como una garantía encaminada a restringir la interpretación jurídica de la norma tanto en los particulares como en la administración y por supuesto en los jueces, precaviendo cualquier abuso o arbitrariedad al momento de la aplicación o materialización de la Ley. Esta restricción es la búsqueda del deber ser o un fin anhelado por el Constituyente primario y/o plasmado en la Constitución Política.

El predominio de los principios Constitucionales yace en la Constitución Política de Colombia de 1991, con la cual se cambió el esquema estatal en el país de un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho, en su artículo 2 “Son fines esenciales del Estado (...) promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”, en correlación con su artículo 4 “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

En los albores de la Corte Constitucional en sentencia T-406 de 1992 Num. 7, introducida por la Constitución Política de 1991, se dijo sobre los principios que:

Los principios Constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional

Algunos autores han visto en los principios Constitucionales una aplicación directa del Derecho constitucional en todas las ramas del derecho. Salcedo Castro (2006) refiere la

distinción entre los principios generales del derecho y los principios Constitucionales; los segundos encuentran su sustento en la Constitución, sea taxativamente o por desarrollo jurisprudencial de las altas cortes. Para Muñoz-Agredo (2014) quien reitera la idea de un neoconstitucionalismo, deben entenderse las normas desde una óptica Constitucional y esto se logra a través de la imposición de los principios Constitucionales y en esta misma línea está Estrada Vélez (2016) señalando a los principios Constitucionales dejar de ser simples normas auxiliares de la Ley a ser un criterio de validez material.

Las normas en su equivalente a la Ley son expedidas por el poder legislativo y sancionadas por el poder ejecutivo o producto de las competencias atribuidas por la Constitución o la Ley a Entes centralizados o descentralizados, Corte Constitucional en Sentencia T-309/15 2015 la Ley regula un hecho en concreto como regla y consolida el ordenamiento jurídico, reiterándose la limitación de la regla, Díez (1988)

Es claro que la primera y más importante violación del concepto tradicional de derecho es la creación de un verdadero tribunal constitucional, que tiene el derecho de invalidar las leyes inconstitucionales y sacarlas del ordenamiento jurídico. Esta garantía de supremacía constitucional transforma automáticamente el poder de la legislatura en un poder constituido de facto y, por lo tanto, se limita a un estándar superior. (p. 5).

De esta forma se puede observar a los principios como el puente para conectar la ley con la Constitución encaminando su sentido a la materialización de los fines esenciales. Son los fines esenciales los valores como lo refiere la precitada sentencia de la C.C:

Los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico pueden tener consagración

explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política. (CC, T-406/92, 1992 Num. 7-a)

Con este preámbulo de la composición de nuestro ordenamiento jurídico, partimos de una base para hacer el estudio de la seguridad jurídica. En párrafos introductorios decíamos con sustento en los artículos 4, 5, 6 y 13 de la C.P de (1991), el hecho de los particulares tener la certeza de la existencia de un compendio normativo de regulación sobre la conducta en sociedad, estimando un resultado de adecuar su proceder o infringir las disposiciones legales y aun cuando no es un neófito del derecho, lo mínimo esperado por el particular es la aplicación de los valores y principios Constitucionales; un apego e igualdad ante la Ley al momento de ser juzgados por la administración y/o los operadores judiciales.

En cuanto al principio de legalidad como apego de la administración o de los operadores judiciales a la ley, la Corte Constitucional se ha pronunciado:

La consagración constitucional del principio de legalidad se relaciona con dos aspectos básicos y fundamentales del Estado de derecho: con el principio de división de poderes en el que el legislador ostenta la condición de representante de la sociedad como foro político al que concurren las diferentes fuerzas sociales para el debate y definición de las leyes que han de regir a la comunidad. Y de otro lado, define la relación entre el individuo y el Estado al prescribir que el uso del poder de coerción será legítimo solamente si está previamente autorizado por la ley. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa. (CC, C-710/01, 2001, parr. 2)

Y del principio de igualdad el mismo Ente ha afirmado:

El principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. (...) Con este concepto sólo se autoriza un

trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática. La igualdad material es la situación objetiva concreta que prohíbe la arbitrariedad. (CC, T-432/92, 1992 parr.1)

Replicando tal corporación más adelante “De este derecho se desprenden dos mandatos básicos:

(i) otorgar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes y (ii) otorgar un trato diferente a situaciones de hecho disímiles.” ,(CC, C-571/17, 2017, parr. 1). Esto en Kelsen y Vernengo (1982) podría asimilarse a la seguridad colectiva como la delegación de la coacción o de la fuerza en el Estado bajo preceptos normativos garantizando éste un orden jurídico mínimo a todos.

Reafirmamos, los administrados actúan bajo la creencia de existir un ordenamiento jurídico como garante de su actuar o proceder en sociedad, recibiendo por la administración o los operadores judiciales un trato conforme con las disposiciones legales existentes y en igualdad de condiciones frente a otros particulares. A esto, lo llamamos confianza legítima, señalando la Corte Constitucional de este principio:

El principio de la confianza legítima es un corolario de aquel de la buena fe y consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. (CC, C-131/04, 2004, parr. 6)

Entonces, el tener los administrados un compendio normativo, la administración u operadores judiciales apegarse a éste en sus decisiones y darse el respeto del derecho a la igualdad son antesala al principio de la “seguridad jurídica, la seguridad jurídica es entendida como un estado psíquico en el que los seres humanos “perciben” satisfacción y tranquilidad por

observar cómo se garantiza y, a su vez, como se materializa el catálogo de valores que posee el ordenamiento jurídico” (Gallego Marín, 2012, p. 76), también es un valor que está íntimamente relacionado con el estado de derecho, que se expresa en requisitos objetivos: corrección estructural (la correcta formación de las normas del ordenamiento jurídico) y corrección funcional respecto a la ley por parte de las personas a las que se aplica y, en particular, por los órganos responsables de la misma. Junto a este aspecto objetivo, la seguridad jurídica está representada por su significado subjetivo, que se encarna en la seguridad jurídica como previsión de garantías estructurales y funcionales de seguridad objetiva a las situaciones personales. (Pérez, 2000, p. 28)

Para Kelsen y Vernengo (1982) la seguridad jurídica es la resolución de las Litis por los Jueces con el respeto del derecho a la igualdad, tomando el precedente judicial un valor vinculante.

Aquí hacemos dos distinciones, una cosa es la seguridad jurídica como la hemos expuesto y otra el precedente judicial como los fallos proferidos por los operadores judiciales frente a una situación en particular. Al respecto del precedente judicial el artículo 228 de nuestra constitución establece que la administración de justicia cumple una función pública y sus decisiones o actuaciones deben ser independientes

Del citado artículo tenemos:

- (i) un mandato de que las decisiones sean independientes; (ii) un mandato de publicidad y permanencia de sus actuaciones; (iii) un mandato de prevalencia del derecho sustancial;
- (iv) una obligación de cumplir los términos procesales; y (v) un mandato de desconcentración y autonomía. Además de ello y como consecuencia de la vinculación

general de los jueces se encuentran también sujetos (vi) a la obligación de promover la seguridad jurídica y garantizar la igualdad de trato. (CC, C-284/15, 2015a, Num 6.2.1)

Citamos el artículo 230 de la Constitución Política “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”. Inicialmente la jurisprudencia se enmarco como criterio auxiliar predominando en su momento la figura jurídica de la doctrina probada regulada en el artículo 4 de la Ley 169 de 1896

Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.

Fue la Corte Constitucional quien desarrolló y fijó el criterio vinculante de la jurisprudencia, uno de los fallos más relevantes en la materia es sin lugar a duda la sentencia C-836 de 2001 en su párrafo 6 donde en uno de sus apartados se dijo:

La certeza que la comunidad jurídica tenga de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma es una garantía que se relaciona con el principio de la seguridad jurídica. La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley. La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los

ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones. Si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley.

Esté definida jurisprudencia o el antecedente judicial como criterio auxiliar de la actividad judicial, con sujeción a los principios de la legalidad, la igualdad y confianza legítima, se tornan vinculantes, todo en pro de enaltecer la seguridad jurídica, indicando la Corte Constitucional en otra de sus sentencias:

El respeto a los precedentes no les permite a las autoridades judiciales desligarse inopinadamente de los antecedentes dictados por sus superiores. De hecho, como el texto de la ley no siempre resulta aplicable mecánicamente, y es el juez quien generalmente debe darle coherencia a través de su interpretación normativa, su compromiso de integrar el precedente es ineludible, salvo que, mediante justificación debidamente fundada, el operador decida apartarse de la posición fijada por la Corte, o eventualmente, por su superior funcional. (CC, T-292/06, 2006)

La estabilidad en las decisiones judiciales por los operadores judiciales implica que:

en la interpretación y aplicación del derecho es una condición necesaria de la realización de un orden justo y de la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos, dado que solo a partir del cumplimiento de esa garantía podrán identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe o permite. (CC, C-284/15, 2015a)

Al brindar los jueces un tratamiento igualitario a los particulares cuando las condiciones de hecho y derecho lo permiten, consolidan esa confianza legítima de los administrados en el

ordenamiento jurídico existente, llevándolos a un punto de tranquilidad éstos al sentir garantías suficientes para ejercer o exigir sus derechos entre ellos y con el Estado; dándose plenamente una seguridad jurídica.

El precedente judicial al ser vinculante a la actividad judicial se vuelve obligatorio para los jueces, un Juez debe respetar las decisiones de sus pares o superiores, debiéndose alinear con ellos para proferir un fallo absteniéndose de dar un trato disímil a una situación similar ya resuelta por ellos, o incluso el abstenerse de tener una interpretación legal distinta de una norma. Esto se vuelve más estricto si el precedente judicial deviene de los órganos de cierre como lo son la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, teniendo estas corporaciones y en especial la Corte Constitucional la responsabilidad de hacer cosa juzgada a una Litis en última instancia.

El precedente judicial o de la jurisprudencia se clasifican según Quinche Ramírez, (2014),

En precedente aplicable (...) referido como aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla – prohibición, orden o autorización- determinante para resolver el caso, dados unos hechos y problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica semejante (...) precedente horizontal que obliga al juez, tribunal o Corte a seguir su propia línea decisional, salvo los casos de cambio de legislación, de constitución o cambio de jurisprudencia. (...) precedente vertical cuya existencia implica un límite para el ejercicio de la autonomía judicial, así como el sometimiento de jueces y tribunales a la interpretación vinculante de los tribunales, los órganos de cierre y la Corte Constitucional. (...) y precedente uniforme que está vinculado al derecho a la igualdad de

trato ante la ley y de trato por parte de las autoridades públicas, entre ellas, las judiciales.

(p. 44)

En lo sustantivo, tenemos el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010 y el artículo 182 A de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, como preceptos legales de vinculación de la jurisprudencia o el precedente judicial a la actividad judicial.

La seguridad jurídica es un principio cuya finalidad busca evitar la incertidumbre jurídica: un Estado donde las normas no son aplicables, incluso si son válidas y legítimas, no tienen ninguna eficacia por la administración y son desconocidas por los Jueces, tomando éstos decisiones arbitrarias sin ninguna coherencia para con las resoluciones optadas por sus pares o superiores.

1.1. La seguridad social como derecho fundamental y principio constitucional

La seguridad social fue prevista inicialmente como un derecho de carácter prestacional de índole irrenunciable como se lee el artículo 48 de la C.P (1991), como un servicio público Obligatorio, prestados bajo el control del Estado en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, siendo un derecho irrenunciable.

Y previsto como una garantía como se citó del artículo 53 del mismo compendio normativo constitucional. A su vez y por ordenamiento Constitucional hacen parte de la seguridad social los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, estos fueron en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993

Al ser considerado un derecho de rango prestacional en sus inicios no se catalogó propiamente como un derecho fundamental, de éste se pronunciaba la Corte Constitucional

En cambio, la seguridad social es un derecho constitucional desarrollado en la ley que, en principio, no ostenta el rango de fundamental, salvo que las circunstancias concretas permitan atribuirle esta connotación por su importancia imprescindible para la vigencia de otros derechos fundamentales. (CC, Sentencia T-116/93, 1993)

Para la Corte Constitucional la seguridad social se configuraba como derecho fundamental al ser un derecho conexo con derechos fundamentales como la vida y la dignidad humana, postura replicada en fallos T-516 de 1993 y T-456 de 1994. Sin embargo, a través del tiempo la misma Corte Constitucional cambio su postura para darle a la seguridad social la connotación de derecho fundamental definiéndolo como un conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano (CC, T-1040-08 2008)

Criterio consolidado de la reiteración jurisprudencial de la Corte Constitucional en sus sentencias T-471 de 1992, C-655 de 2003, T-116 de 1993, SU-039 de 1998 y T-1291 de 2005. Esta postura de la alta corte no se ha modificado manteniéndose como argumento en sus sentencias más recientes como lo son las T-036 de 2017 y T-043 de 2019.

Partiendo de la definición Constitucional de la seguridad social como derecho fundamental, tal derecho abarca diferentes contingencias del ser humano: la enfermedad, la muerte, la invalidez y la vejez. Esto con el ánimo de auxiliar o dar condiciones de vida digna en las situaciones mencionadas a éste. Conteniendo o coadyuvando a ser real y efectivo el derecho fundamental a la vida en condiciones dignas, permitiendo acceder a una persona a la pensión de vejez, pensión de invalidez, pensión de sobreviviente, la salud y una protección laboral.

Más la seguridad social no se debe entender meramente como un recipiente de derechos fundamentales, sus principios están orientados a la materialización de las instituciones del Estado, sean privadas o públicas, para hacer realidad al administrado sus derechos fundamentales a la vida y a la vida en condiciones dignas, alcanzando derechos como la pensión, la salud y la protección laboral. De allí el porqué de la “garantía a la seguridad social” (Constitución Política de Colombia, 1991 Art. 53) en sintonía con el preámbulo de la Ley 100 de 1993.

La Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.

Por ello Hernández y Reyes (2014) la seguridad social ha de interpretarse como una protección al trabajador y no simplemente como el pago de una prima de seguro para obtener la protección del riesgo amparado.

Pese a ser la seguridad social elevada a derecho fundamental, no pierde su naturaleza prestacional como lo veremos más adelante, solo lo correspondiente al derecho fundamental a la salud regulado en la Ley 1751 de 2015 contiene una excepción al hecho de estar concebido como prestacional, de tal resorte se habla del régimen subsidiado y contributivo en materia de salud.

Los derechos prestacionales se definen a saber:

Por regla general, los derechos de prestación son derechos programáticos, debido a que los derechos de prestación exigen un esfuerzo presupuestal y logístico del Estado que

sólo se puede realizar con la debida planeación y arbitrio de recursos mediante el procedimiento fijado por la Carta Política. Gradualmente, los derechos de prestación con contenido programático se les van dando condiciones de eficacia que hace posible que emane un derecho subjetivo. Por eso, a nivel teórico, en efecto, el estado inicial de un derecho de prestación es su condición programática la cual luego tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo. (CC, T-207/95, 1995).

Simplificando, un derecho prestacional es aquel por el cual el particular debe pagar o generar un aporte regulado en la Ley para su acceso y/o materialización a su favor, no es un derecho gratuito, así ese derecho sea propio del ser humano en conexidad con el derecho fundamental a la vida en condiciones dignas. Porque como bien se ha dicho, garantizarlo al punto de hacerlo posible no significa otorgarlo por el simple hecho de ser un ser humano.

Verbigracia, los derechos a la pensión y a la protección a enfermedades y accidentes laborales se causan debido a unos aportes definidos por la Ley, hoy esos aportes están para salud en un 12.5%, pensión en un 16% y Riesgos Laborales dependiendo del nivel de riesgo partiendo de un 0.522% hasta un 6.96%. Estos porcentajes se aplican al ingreso percibido por el administrado, dándose el concepto del ingreso base cotización.

1.2 De la Pensión en Colombia

En Colombia la pensión cubre la contingencia de la muerte, la invalidez y la vejez mediante el reconocimiento de una mesada pensional: un ingreso mensual no menor a un mínimo vital a favor del cotizante o sus beneficiarios. Este ingreso tiene por finalidad garantizar la supervivencia en condiciones dignas, dar lo necesario para vivir a la persona de tercera edad, el discapacitado quien no puede valerse por sí mismo o ejercer una labor y los familiares aquellos

dependientes del causante. Por consiguiente, cubre las contingencias de invalidez, vejez y muerte.

En términos generales: la pensión de sobreviviente se ocasiona por la muerte del causante, la pensión de invalidez con la pérdida por el cotizante de su capacidad laboral en un porcentaje mayor al 50% y la pensión de vejez con el cumplimiento de la edad y semanas de cotizadas o haber cotizado el capital necesario; el modo de adquirir la pensión de vejez depende del régimen escogido por el cotizante.

Al igual que la estabilidad social, la pensión es un derecho importante por conexidad: Sobre si la pensión es un derecho importante o no, se puede destacar que el Artículo 13 de la Constitución Política apunta como una obligación a cargo del estado brindar una particular defensa a esas personas que se hallan en un estado de postración plantea y en este conjunto se hallan los individuos de la tercera edad. Las propiedades de indefensión que acompañan a este conjunto de individuos permiten subir a la categoría de importante el derecho a una pensión, por su conexidad, con derechos de rango preeminente como lo son: la vida, el mínimo esencial, la dignidad humana (Muñoz Osorio & Esguerra Muñoz, 2012, p. 100)

Pronunciándose la Corte Constitucional

La pensión de vejez se constituye como una prestación económica, resultado final de largos años de trabajo, ahorro forzoso en las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y cuando la disminución de la capacidad laboral es evidente. Su finalidad directa es garantizar la concreción de los derechos fundamentales de las personas traducidos en la dignidad humana, el mínimo vital, la seguridad social y la vida digna. El derecho a la pensión tiene conexidad directa con el derecho fundamental al trabajo, en virtud de la amplia protección que de acuerdo con los postulados

constitucionales y del Estado Social de Derecho se debe brindar al trabajo humano en todas sus formas. Se asegura entonces un descanso “remunerado” y “digno”, fruto del esfuerzo prolongado durante años de trabajo, cuando en la productividad laboral se ha generado una notable disminución. (CC, T-398/13, 2013)

Pero a diferencia de la seguridad social y salud como derechos fundamentales, la pensión no pierde su carácter prestacional, por tanto, no podrá accederse a este derecho sin haberse cumplido los requisitos determinados por Ley. Al respecto el inciso segundo del acto legislativo 01 de 2005 sumó al artículo 48 de la Constitución Política.

Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.

Con esto resulta más claro afirmar de la pensión ser un derecho prestacional, producto de un pago o un esfuerzo del particular. El sistema de seguridad social general en pensiones siempre ha sido concebido como un derecho prestacional, la contraprestación de los aportes realizados por el particular es el derecho a una pensión y quien no cumple con las condiciones o requisitos estipulados por la Ley difícilmente podrá acceder a cualquiera de las pensiones o como lo expreso Muñoz y Esguerra (2012):

Esta prestación económica es la que garantizará a las personas de la tercera edad los recursos mínimos para el cubrimiento de sus necesidades, tan es así que la Corte Constitucional Colombiana en varias jurisprudencias ha expresado que la pensión constituye un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una

vida de trabajo, es decir la pensión constituye el amparo de todas las contingencias que pueda sufrir una persona de la tercera edad, cuando las fuerzas laborales ya no son las mismas. (p. 100).

Con el ánimo a adentrarnos al tema de estudio dejando hasta aquí de forma enunciativa las pensiones de sobreviviente e invalidez, lo primero es decir de la pensión de vejez, la contraprestación se determina a partir del IBC e IBL el primero son los conceptos a ser parte de la cotización mensual al sistema de seguridad social y el segundo son los conceptos base para liquidar la mesada pensional, el segundo se deriva del primero. En términos del artículo 18 de la Ley 100 de 1993 el ingreso base de cotización es la base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual. El salario base de cotización para los trabajadores particulares, será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo [CPTSS] (2006). El salario mensual base de cotización para los servidores del sector público, será el que señale el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª. de 1992.

Las cotizaciones de los trabajadores cuya remuneración se pacte bajo la modalidad de salario integral, se calculará sobre el 70% de dicho salario. En todo caso, el monto de la cotización mantendrá siempre una relación directa y proporcional al monto de la pensión. Ley 100 1993 Art.18:

Complementándose la norma con el artículo 127 del C.S.T.

Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos,

bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Con la inclusión del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010:

Sin perjuicio de lo previsto para otros fines, para los efectos relacionados con los artículos 18 y 204 de la Ley 100 de 1993, los pagos laborales no constitutivos de salario de los trabajadores particulares no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración.

De la norma se puede afirmar, el ingreso base de cotización son todos aquellos conceptos salariales percibidos por la persona y también el excedente de los no salariales al superar el 40% de lo percibido en el mes. Aquí hacemos una distinción, al existir un trato diferencial para los contratistas o personal vinculado bajo la modalidad de contrato a prestación de servicios, cuyo IBC es el 40% de lo percibido sin poder ser menor el IBC a un salario mínimo legal mensual vigente.

No está demás citar el artículo 21 de la Ley 100 de 1993:

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.

Lo segundo de la pensión de vejez es decir la edad para pensionarse, actualmente para las mujeres 57 años y para los hombres 62 años o como se estipula en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y el acto legislativo 01 de 2005:

Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones: Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1º. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

Y lo último es mencionar de la pensión de vejez el cálculo del monto de la pensión como se contempla en el artículo 34 de ley 100 de 1993.

Aquí la norma tiene otra distinción, en el sistema de seguridad social general en pensiones conviven dos regímenes, el público o régimen de prima media con prestación definida con las condiciones ya expuestas en los artículos 33 y 34 y el privado o régimen de ahorro individual con solidaridad concebido en los artículos del 59 al 68. Ley 100 de 1993. En el régimen privado la pensión se adquiere “siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente” (Ley 100, 1993 Art. 64).

Entonces, para hoy adquirir una pensión de vejez resulta obligatorio para quienes hace parte de régimen de prima media con prestación definida cumplir: la edad de 57 años si se es mujer y de 62 años si se es hombre y cotizar mínimo 1300 semanas. Y para el régimen de ahorro individual con solidaridad: cumplir con la cotización del capital requerido o de no lograrlo, haber cumplido la edad de pensión de vejez del régimen público y una cotización de 1150 semanas para la garantía mínima.

El régimen de la seguridad social, ley 100 de 1993, en materia pensional quiso consolidar el sistema de pensiones en los dos regímenes ya mencionados, con el respeto de los regímenes exceptuados como los de las fuerzas armadas, docencia, presidencia, entre otros. Para los trabajadores oficiales el actual régimen contrajo una transición prevista en el artículo 36:

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

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

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

El trabajador oficial es “(...) aquel que presta sus servicios en obras de utilidad pública, interés social, o actividades relacionadas con el servicio público, y, no depende de la naturaleza jurídica del bien inmueble.” (CSJ sala de descongestión laboral No. 2, SL391/20, 2020). A esta

clase de trabajadores se liquidaba su mesada pensional conforme con el artículo 1 de la ley 33 de 1985

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.

Y el artículo 10 del Decreto 1160 de 1989

Reliquidación de la pensión de jubilación. Los empleados oficiales a quienes se les hubiere reconocido el derecho a la pensión de jubilación y no se hayan retirado del servicio, una vez producido éste, se les reliquidará dicha prestación, tomado como base del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

Los preceptos normativos antes señalados son una situación más favorable sin lugar a duda para los trabajadores oficiales; a diferencia del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, cuyo promedio para el cálculo de la mesada pensional es el aporte o cotización de los últimos 10 años o los años que le faltasen para la pensión de vejez, el anterior toma solo el último año de lo cotizado a pensión o lo percibido, por lo tanto en el capítulo siguiente analizaremos las sentencias objeto del presente trabajo de investigación para determinar si la variabilidad de las posturas jurisprudenciales del Consejo de Estado, en la aplicación del régimen de transición de las pensiones contenida en el numeral tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993, se garantizó la seguridad jurídica, confianza legítima, como del principio de favorabilidad de los ciudadanos con derechos pensionales adquiridos.

Capítulo II. Análisis de las sentencias del 04 de agosto de 2010 radicado No. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) y del 28 de agosto de 2018 radicado No. 52001-23-33-000-2012-00143-01) proferidas por el Consejo de Estado.

A la pregunta del capítulo anterior, el fallo del 04 de agosto de 2010 del C.E. Sección Segunda con radicado No. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) definió para cálculo del IBL aplicar lo reglado en la ley 33 de 1985, pero no solo el tomar todos los ingresos percibidos, incluso aquellos sobre los cuales no se hayan hecho una cotización al sistema de seguridad social. Por otra parte, el fallo del 28 de agosto de 2018 del C.E. Sala Plena con radicado No. 52001-23-33-000-2012-00143-01 cambio la postura anterior ciñéndose al deber de aplicarse lo reglado en la ley 100 de 1993.

Para nuestro estudio se hace necesario realizar un resumen de estas dos providencias judiciales, en aras de comparar ambas providencias judiciales.

2.1.Fallo del 04 de agosto de 2010 del Consejo de Estado Sección Segunda con radicado No. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), MP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila

El señor Luis Mario Velandia promovió acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra Cajanal, solicitando la nulidad de los actos administrativos ficto y la resolución 14421 del 28 de marzo de 2006 y como restablecimiento del derecho pretendió tener la reliquidación de su pensión de jubilación desde el 01 de noviembre de 2002 teniéndose en cuenta todos los factores devengados en el último año. Como fundamento legal señaló la Entidad haber con sus actos administrativos violado la ley 33 de 1985, los artículos 21, 36, 150 de la Ley 100 de 1993, artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, artículo 73 del Decreto 1848 de 1969, el Decreto 1042 de

1978. El artículo 45 del Decreto 1042 de 1978, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y el Decreto 1158 de 1994.

Afirmó el accionante que estando en el régimen de transición le era aplicable la normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, porque así lo daba a entender dicha ley al hacer una lectura de sus artículos 36 y 150, debiéndose aplicar para la reliquidación de la pensión de vejez o jubilación lo reglado en artículo 10 de la Decreto 1160 de 1989.

Cajanal por su parte se defendió argumentando encontrarse el demandante en el régimen de transición de la ley 100 de 1993, por ende, debían aplicarse los artículos de esta ley para el cálculo o reliquidación de su pensión de vejez o jubilación, porque el alcance dado por el legislador para aplicar normas anteriores lo era solo para la edad y semanas cotizadas, regulándose la forma de calcular la pensión de vejez en el inciso tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993. Consecuente, de la lectura del articulado de la mentada ley no podía como mal lo hacia el accionante concluir la posibilidad de dar aplicación al decreto 1160 de 1989, caso contrario se quebrantarían “los principios de legalidad, sostenibilidad presupuestal y solidaridad.” (Consejo de Estado & Sala de lo Contencioso Administrativo, Radicación No. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09, 2010)

El A-quo accedió a las suplicas del accionante, considerando que las normas aplicables para el cálculo y reliquidación de la pensión de vejez o jubilación lo eran las vigentes al momento del demandante haber adquirido el derecho, además las leyes 33, 62 de 1985 y el artículo 10 del Decreto 1160 de 1989 le resultaban más favorables al demandante, por tanto, en cumplimiento del principio constitucional de favorabilidad no le era aplicable a éste el art. 36 de la ley 100/93, por cuanto, este articulado le significaba una reducción importante en la mesada

pensional. Finaliza el Juez ordenando a Cajanal hacer los descuentos no aplicados a los aportes en su oportunidad.

Cajanal interpuso el correspondiente recurso de apelación contra la decisión del A-quo, señala que el demandante no es beneficiario de norma especial, decreto 1835 de 1994, al no ejercer actividades de controlador o radio operador y si este fuese el hecho debía remitirse a la ley 100 de 1993 para calcular la base pensional sosteniendo que, los factores salariales reconocidos por la primera instancia para realizar la reliquidación de la prestación no hacen parte del Decreto 1158/1994.

Insiste el recurrente en quebrantarse los principios de legalidad y solidaridad al realizarse una reliquidación de pensión distinta a la prevista en la ley 100 de 1993; la norma no prevé un trato diferencial a los trabajadores oficiales de los trabajadores privados. Suma el Ente en sus argumentos, al ser la pensión un derecho prestacional no podría reconocerse un derecho de aportes no realizados.

Para la alta Corte, el problema jurídico a resolver fue “si procede el reajuste de la pensión de jubilación del actor, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.” (CE, Sala Contenciosa Administrativa, Radicado No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), 2010),

El magistrado en su análisis determinó hacer parte el accionante del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100/1993 al tener éste 40 años para el 01 de abril de 1994 y no serle aplicable una normatividad distinta a las leyes 33, 62 de 1985 y la ley 100 de 1993, no se probó ejercer actividades técnicas Aeronáuticas.

En cuanto al cálculo de la liquidación de la pensión de vejez, parte el Juez relatando existir actualmente tres interpretaciones de la corporación para el cálculo de la pensión de vejez:

i) incluirse todos los factores salariales devengados, ii) solo los factores salariales de los cuales se haya hecho un aporte y iii) los factores salariales enlistados en la normatividad.

Ante los tres postulados, el colegiado se inclina sobre el primero indicando:

Igualmente, la tesis expuesta en este proveído privilegia el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, cuya observancia es imperativa en tratándose de beneficios laborales, pues el catálogo axiológico de la Constitución Política impide aplicar la normatividad vigente sin tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral, toda vez que ello conduciría a desconocer aspectos relevantes que determinan la manera como deben reconocerse los derechos prestacionales. (CE, Sala Contenciosa Administrativa, No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), 2010),

Lo anterior, lo sopesa bajo los principios de favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formas del artículo 53 de la Constitución Política (1991) señalando que, si bien el legislador tenía la competencia para determinar si estos factores prestacionales sobre los cuales se haría la deducción o los aportes, no podía darse una interpretación restrictiva al ordenamiento jurídico, esto causaría la posibilidad de excluirse conceptos de naturaleza salarial. En otras palabras, la ley 62 de 1985 contenía de forma enunciativa los conceptos mínimos para realizar los aportes, pero si se hacían aportes por conceptos adicionales y percibí ingresos de carácter salarial sin reportarlos, estos no deben desconocerse.

De esta forma, el magistrado falla modificando la sentencia del 14 de mayo de 2008, proferida por el Tribunal, excluyendo de la reliquidación del accionante el concepto de recreación por no tener connotación salarial. Más confirma la postura del Juez de primera

instancia, en cuanto al demandante serle aplicable las normas anteriores a la ley 100 de 1993 en aplicación del principio de favorabilidad.

Con este fallo, el Magistrado definió una única interpretación para resolver la Litis en relación con la liquidación o reliquidación de la pensión de vejez de personas quienes estaban amparadas con el régimen de transición, reiterando ser esta postura: el liquidarse o reliquidarse la pensión de vejez con normas anteriores a la ley 100 de 1993 y tenerse en cuenta todo lo percibido por la persona, indiferente de si ha hecho o no aportes a pensión sobre ello, pero sea de naturaleza salarial.

2.2. Fallo del 28 de agosto de 2018 del Consejo de Estado Sala Plena con radicado No. 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ), MP Dr. César Palomino Cortés

La señora Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro demando a Cajanal EICE en liquidación promoviendo medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal de Nariño, solicitando la nulidad de la resolución mediante la cual le negaron la reliquidación de su pensión de vejez y como restablecimiento del derecho solicita que sobre su prestación se tengan en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año. Postuló como normas quebrantadas por la Entidad con su acto administrativo las leyes 33 y 62 de 1985, a su juicio todo aquello percibido por el trabajador es salario y deben tomarse para el Ingreso Base Liquidación.

Cajanal EICE en liquidación contestó la demanda indicando que la demandante hace parte del régimen de transición, pero lo le era aplicable las leyes 33 y 62 de 1985, que la pensión de vejez se llevó a cabo con base al artículo 18 de la Ley 100 de 1993 y el decreto 1158 de 1994, teniéndose como factores salariales: “(i) la asignación básica; (ii) la bonificación por servicios

prestados y (iii) la bonificación por compensación; sin que pueda incluirse la prima de riesgo, por no constituir factor salarial.” (CE, Sala Plena, No 52001-23-33-000-2012-00143-01, 2018, Num. 20)

La UGPP solicitó se negaran las pretensiones de la actora al haber liquidado Cajanal EICE en liquidación la pensión conforme las reglas del artículo 36 de la ley 100 ibidem

El A-quo condenó parcialmente a las pretensiones del demandante y resolvió el deber de hacerse el cálculo de la pensión de vejez sobre el promedio salarial del último año, julio de 2008 a julio de 2009, aplicando la ley 33 de 1985, pero tomándose únicamente los factores salariales sobre los que realizó cotizaciones prevaleciendo el principio de favorabilidad y vinculando lo fallado en la sentencia de la C.C No. C/258 -2013.

Tanto la parte activa como la pasiva apelaron la decisión del tribunal: la activa reiteró sus pretensiones advirtiendo no ser aplicable el fallo de la Corte Constitucional C-258 de 2013 porque no devengaba más de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes y la pasiva al no estar de acuerdo del periodo tomado como último año, al solicitar la demandante se tuviese como último salario lo devengado del 02 junio de 2005 al 01 de junio de 2006 y el tribunal tomar lo devengado el julio de 2008 a julio de 2009.

La sala plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (No 52001-23-33-000-2012-00143-01, 2018) avoca conocimiento el 29 de agosto de 2017 definiendo como problemas jurídicos:

- (i) ¿Para la reliquidación de la pensión de la señora Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro, por ser beneficiaria del régimen de transición, debe aplicarse el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o el régimen integral de la Ley 33 de 1985?

(ii) ¿Si en la base de la reliquidación pensional deben incluirse todos los factores salariales o solamente aquellos sobre los que realizó aportes?

Inicia el magistrado haciendo claridad del principio de favorabilidad en el campo del régimen de transición, aunque la sentencia C-540/2008 de la Corte Constitucional consideró regir de forma ultra activa la Ley 33 de 1985, esto lo era para el cumplimiento de los requisitos de la pensión de vejez protegiendo la expectativa legítima, debiéndose para este juzgado dar aplicación al artículo 36 de la ley 100 con respecto a la liquidación o reliquidación de la pensión vejez, pero cuando la liquidación o reliquidación no resultase más ventajoso a los intereses del pensionado bajo el mencionado artículo, debía favorecerse a éste con los artículos 33 y 34 de la misma ley, sin redireccionar a otra norma distinta.

Aduce el Juez existir una ambigüedad entre los incisos 2 y 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al inciso 2 referir la palabra “monto” porque se ha prestado para inaplicar el inciso 3 como lo ha hecho la misma corporación e incluso la H. Corte Constitucional en sentencias tanto T como SU, redireccionándose a las leyes especiales anteriores como la Ley 33 de 1985. Esto para el cálculo o reliquidación de la pensión de vejez.

Por el contrario, la sentencia C-258 de 2013 de la Corte Constitucional aseveró romperse los principios de igualdad y solidaridad de mantenerse una aplicación distinta para el cálculo de la pensión de vejez contenida en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al darse una distinción desproporcional a un grupo favorecido, replicando la ratio decidendi en las sentencias “SU-230 de 2015, la SU-395 de 2017 y la SU-023 de 2018”.

En esta misma línea, la Corte Suprema de Justicia como en el caso de la sentencia del 17 de octubre de 2008 expediente 33343 M.P. Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza, ha sostenido la base salarial para el cálculo de la pensión no considerarse en el inciso 2, sino en el inciso 3,

ambos incisos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, porque la palabra monto no redirecciona a otra norma distinta, sino trae un concepto de remplazo: la tasa de remplazo. Entonces la discusión se centra en si se debe calcular la pensión conforme con lo reglado en la ley 33 de 1985 o del inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

El juzgador concluye deber aplicarse el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, porque así lo definió el legislador mediante la configuración del Ingreso Base Liquidación (IBL), garantizando la viabilidad del sistema y en desarrollo de los principios de “solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera” El monto como se observa en el inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, deberá entenderse como la tasa de remplazo, en concordancia con la ley 33 de 1985 este quedaría en 75%.

De tal resorte, niega las pretensiones de la accionante y revoca la sentencia “proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño -Sala de Decisión Oral- el 5 de julio de 2013” (CE, Sala Plena, No 52001-23-33-000-2012-00143-01, 2018), fijando precedente judicial Erga Omnes estableciendo las reglas del cálculo de la pensión de vejez para quienes hacen parte del régimen de transición.

En el entender del magistrado, el cálculo o reliquidación de la pensión de vejez no redireccionaba a una norma distinta a la ley 100 de 1993, debiéndose cuando la persona le faltase menos de diez años, debía tomarse el promedio de lo faltante para cumplir la edad o de lo devengado durante todo el tiempo, pero si a la persona le faltasen más de diez años, debía tomarse el promedio de lo cotizado de los últimos diez años.

Tabla 1

Comparación fallos proferidos por el Consejo de Estado - sentencia del 04 de agosto de 2010 vs Sentencia del 18 de agosto de 2018. (cambio jurisprudencial)

Ítem	Fallo del 04 de agosto de 2010 del Consejo de Estado Sección Segunda con radicado No. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09)	Fallo del 28 de agosto de 2018 del Consejo de Estado Sala Plena con radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ)
Hechos	<p>El 27 de agosto de 2002 al accionante le es reconocida su pensión de vejez por Cajanal, pero se la condiciona al retiro definitivo.</p> <p>El 01 de septiembre de 2004 Cajanal reliquida la pensión de vejez por nuevos factores salariales.</p> <p>El 22 julio de 2005 el demandante solicita a Cajanal la reliquidación de su pensión de vejez conforme a los factores devengados en el último año de servicio.</p> <p>El 23 de noviembre 2005 el actor interpone recurso de reposición contra acto ficto.</p>	<p>El 23 de junio de 2006 la accionante solicito el reconocimiento de su pensión de vejez ante Cajanal EICE en liquidación.</p> <p>El 25 de octubre de 2006 Cajanal EICE en liquidación le reconoce a la actora su pensión de vejez, efectiva a partir del 01 de junio de ese año.</p> <p>El 05 de marzo de 2010 la demandante le peticiona a Cajanal EICE en liquidación la reliquidación de su pensión de vejez tomando lo devengado en el último año de servicio.</p> <p>El 26 de julio de 2012 Cajanal EICE en liquidación le responde a la</p>

	El 28 de marzo de 2006 responde la Entidad indicando haberse liquidado la pensión en derecho al no estar las bonificaciones devengadas por él enlistadas o ser taxativas.	peticionaria estar su pensión liquidada conforme a derecho.
Principios	Realidad sobre las formas, igualdad, Favorabilidad, Progresividad e De las finanzas públicas.	Favorabilidad, Solidaridad Progresividad, Igualdad y Sostenibilidad financiera
Jurisprudencia Constitucional	C-247/2001, C-432/1998 y C-444/2009	C-168/1995, C-596/1997, C-540/2008, C-258/2013, SU-230/2015, SU-247/2016, SU-210/2017, SU-361/2017, SU-395/2017 y SU-023 de 2018
Reglas fijadas	Para el cálculo o reliquidación de la pensión de vejez debe tomarse lo devengado en el último año, siempre y cuando sea susceptible de cotización.	Para el cálculo o reliquidación de la pensión de vejez: si faltase menos de diez años el promedio de lo devengado será lo faltante o lo cotizado durante todo el tiempo, lo más favorable, pero si faltase más de diez años el promedio sobre lo efectivamente cotizado en los últimos diez al cumplir el requisito de la edad.

Salvamento de Voto	Solo de los conceptos enunciados o enlistados en la norma debe partirse para el cálculo de la pensión de vejez o reliquidación de ésta. Esta postura no necesariamente trae una regresividad de los derechos.	Debía continuarse con la aplicación de lo reglado en la ley 33 de 1985 a la luz del principio de favorabilidad. Este fallo solo es un reflejo de lo juzgado constitucionalmente por la Corte Constitucional en su sentencia SU-395 de 2017. Al fallo debieron acudirse a instrumentos internacionales, universales y regionales, aplicables por bloque de Constitucionalidad.
--------------------	---	---

Adaptado de “52001-23-33-000-2012-00143-01”, Consejo de Estado 2018. (<https://vlex.com.co/vid/773432297>)

Analizados los fallos, tenemos:

- En el fallo de 2010 el accionante era un trabajador oficial aun vinculado con la Entidad y en el fallo de 2018 la accionante ya se había retirado del servicio, más ambos en términos generales reclamaban la reliquidación de la pensión de vejez pretendiendo la aplicación de leyes anteriores a la Ley 100 de 1993.
- En el fallo de 2010 el Juzgador toma a los principios Constitucionales:
 - Realidad sobre las formas: Indiferente de estar o no transcritos en la norma los conceptos salariales sobre los cuales debían hacerse un aporte, deben ser considerados al momento de liquidarse o reliquidarse la pensión de vejez porque hace parte de la realidad de lo devengado por el cotizante.

- Favorabilidad: es más favorable al caso aplicar leyes anteriores a la ley 100 de 1993 para no afectar la mesada pensional, igualmente en pro de no desconocer derechos a los trabajadores oficiales, no puede hacerse una interpretación restrictiva de los conceptos susceptibles de aportes enunciados en la norma, permitiéndose incluir conceptos no enlistados en ella.
- Progresividad: la protección de los logros o derechos alcanzados en materia de seguridad social no pueden supeditarse a un cambio de normatividad.
- De las finanzas públicas: Al ser el derecho de pensión una prestación producto de un aporte, no puede supeditarse éste a las finanzas del Estado, porque este derecho se predica precisamente de una planeación.

En el fallo de 2018 el Juzgado se apoya en los principios Constitucionales conceptuando:

- Favorabilidad: El deber de aplicarse una norma más favorable al trabajador, esto no es un pase para aplicar normatividad anterior a la vigente, sino para primero acudir a ésta revisando si la misma puede serle una mejora o no.
- Solidaridad e igualdad: No hay solidaridad ni igualdad al mantener beneficios para una población en específico, beneficios no aplicables a todos, y exigir a todos la financiación de estos beneficios.
- Sostenibilidad financiera: el sistema de pensiones está versado en unas normas las cuales le garantizan una estabilidad, contrariarlas causaría un efecto negativo y podría afectar a todas las personas a quienes el sistema de pensiones cobija.

Capítulo III. Cambio de precedente jurisprudencial

El cambio o apartamiento de precedente jurisprudencial en términos sencillos se da cuando una alta corte cambia su postura frente a una situación en concreto fallando diferente o como lo ha definido Cuesta Davu (2016):

Es un cambio en la elección (un cambio de opinión) en un tema que se ha solucionado de forma distinta a otro que guarda las similitudes señaladas. Si al equiparar la situación 1 con la situación 2 está diferencia en alguno de los 3 elementos descritos (hechos que producen la litis, reglas aplicadas o escenario histórico), se lidiaría con conflictos diversos que, por consiguiente, merecen elecciones diferentes (distinguish anglosajón).

No sería propiamente un cambio de jurisprudencia. (p. 54)

En este caso somos partícipes de como el Consejo de Estado en el año 2010 pasó de ordenar la liquidación o reliquidación de la pensión de vejez tomando la totalidad de los factores salariales devengados por el trabajador oficial en el último año, para en el año 2018 fijar tres reglas para el cálculo y la reliquidación de la pensión de vejez de este grupo población. El cambio de postura entre los dos fallos significó sin lugar a duda una desmejora a las condiciones pensionales de los trabajadores oficiales y esto ¿por qué?

Porque una persona podría aspirar en aplicación de la ley 33 de 1985 y el decreto 1160 de 1989, incrementar sus aportes a seguridad social en el término de un año con el fin de tener una pensión de vejez mayor o incluso idear un plan de retiro, donde en un año pueda moverse a un cargo de libre nombramiento y remoción con mayores ventajas, pero con la nueva regla, debe tomarse un promedio de aportes o devengado durante un término muy amplio, sea todo el tiempo

cotizado, los últimos diez años o el tiempo faltante para la edad de pensión de vejez, con el agravante de no siempre tenerse una cotización continua.

Una de las primeras sentencias de la Corte Constitucional en abarcar el apartamiento del precedente jurisprudencial fue la C-400 de 1998 en el Numeral 57 manifestándose:

En ese orden de ideas, un tribunal puede apartarse de un precedente cuando considere necesario hacerlo, pero en tal evento tiene la carga de argumentación, esto es, tiene que aportar las razones que justifican a el apartamiento de las decisiones anteriores y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado. Además, para justificar un cambio jurisprudencial no basta que el tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo, goza ya de un plus, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera. Por ello, para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho.

Lo dicho se ha replicado por la Corte Constitucional por medio de sus fallos hasta fijarse dos condiciones para el apartamiento del precedente jurisprudencial

En consecuencia, un juez puede apartarse válidamente del precedente horizontal o vertical si (i) en su providencia hace una referencia expresa al precedente conforme al cual sus superiores funcionales o su propio despacho han resuelto casos análogos, pues “sólo puede admitirse una revisión de un precedente si se es consciente de su existencia” (requisito de transparencia); y (ii) expone razones suficientes y válidas a la luz del

ordenamiento jurídico y los supuestos fácticos del caso nuevo que justifiquen el cambio jurisprudencial, lo que significa que no se trata simplemente de ofrecer argumentos en otro sentido, sino que resulta necesario demostrar que el precedente anterior no resulta válido, correcto o suficiente para resolver el caso nuevo (requisito de suficiencia). (CC, T-621/15, 2015, Num. 3.8.5)

Dando claridad la alta corte sobre estas condiciones en cuanto a la carga argumentativa:

Resulta válido que dichas autoridades, merced de la autonomía que les reconoce la Carta Política, puedan en eventos concretos apartarse del precedente, pero en cualquier caso esa opción argumentativa está sometida a estrictos requisitos, entre otros (i) hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y (ii) demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales. (CC, C-634/11, 2011, Parr. 5)

La postura en relación con el apartamiento del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional no ha sido ajena de la del Consejo de Estado, este órgano de cierre se ha manifestado indicando:

Debe tenerse en cuenta que las autoridades judiciales, en ejercicio de su autonomía, pueden apartarse del precedente judicial, incluso del propio, cuando consideran que el mismo no es aplicable en un caso particular y siempre que cumplan con dos requisitos: (i) exponer de forma explícita las razones y argumentos que le sirven de fundamento para adoptar tal determinación; y (ii) demostrar con suficiencia que la interpretación que se adopta comporta un mejor desarrollo de los derechos y principios constitucionales, frente a la interpretación que se omite. ... Los jueces acuden a dos herramientas que tienen

como objeto restringir la fuerza vinculante de un precedente: el distinguishing y el overruling. Con fundamento en ésta, se reemplaza o anula un precedente preexistente, en la medida en que existe un cambio de la regla de derecho, esto es, un cambio de precedente judicial propiamente dicho; mientras que en aplicación de aquella el precedente del que se apartan mantiene su vigencia, puesto que lo que se hace en estricto sentido es no aplicarlo en un caso particular, concreto y determinado, debido a que no guarda similitud fáctica o jurídica con el caso que se estudia. (CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, 11001-03-15-000-2016-00380-00(AC), 2016, parr. 3)

Para el apartamiento del precedente jurisprudencial del fallo del 04 de agosto de 2010 del Consejo de Estado Sección Segunda con radicado No. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) previsto en el fallo del 28 de agosto de 2018 del Consejo de Estado Sala Plena con radicado No. 52001-23-33-000-2012-00143-01, debemos remitirnos obligatoriamente al precedente jurisprudencial constitucional estudiado en este segundo, por consiguiente, resaltamos las providencias judiciales de la Corte Constitucional citando a juicio de los presentes investigadores el precedente de más relevancia.

Tabla 2

Sentencias de la Corte Constitucional tomadas como referencia en la sentencia del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018, dentro del proceso con radicado No. No. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09)

Expediente	Jurisprudencia
C.C., C-596/97, 1997	La violación del principio de favorabilidad laboral que se plantea en la demanda, se estructura por la comparación entre el nuevo régimen y el régimen derogado, por lo cual carece de fundamento, ya que no

	<p>estando de por medio derechos adquiridos, al legislador le es permitido definir libremente los requisitos para acceder a un derecho-prestación de contenido económico-social, tal cual es el derecho a la pensión de jubilación. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-596/97, 1997)</p>
<p>C.C., C-540/08, 2008</p>	<p>Si bien la disposición ahora objeto de controversia constitucional fue derogada tácitamente por la Ley 100 de 1993 que creó el Sistema de Seguridad Social Integral, el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 rige de manera ultractiva y aún produce efectos jurídicos en nuestro ordenamiento. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-540/08, 2008a)</p>
<p>C.C., C-258/13, 2013</p>	<p>las reglas sobre Ingreso Base de Liquidación 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 ((CC, C-258/13, 2013)</p>
<p>C.C., SU-230/15, 2015</p>	<p>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</p>

	IBL no es un elemento del régimen de transición.(CC, SU230/15, 2015)
C.C., SU-427/16, 2016	<p>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.</p> <p>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.(CC, SU427/16, 2016)</p>
C.C., SU-631/17, 2017	<p>Un abuso del derecho que se verifica con un carácter palmario, puede ser verificable en los eventos en los cuales (i) con ocasión de una vinculación precaria del servidor público en la Rama Judicial, en un cargo de más elevada jerarquía y remuneración respecto de aquel en el que se desempeñaba con anterioridad, (ii) se declaró judicialmente en su favor un incremento porcentual trascendental desde el punto de vista particular. (CC, SU631/17, 2017)</p>
C.C. SU-023/18, 2018	<p>Para la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 solo conservó a sus beneficiarios lo relativo a la edad, tiempo de</p>

	<p>servicios y monto porcentual de la prestación. Por tanto, los demás aspectos del régimen pensional, incluido el IBL, quedaron sometidos a la nueva legislación en materia de seguridad social, especialmente, a lo dispuesto en los artículos 21 y 36 ibídem. Esto se justifica, según dicho Tribunal, en que el concepto de monto hace referencia únicamente al porcentaje que se aplica y no a la base reguladora de la pensión o a los ingresos en los que esta se fundamenta. Tal postura, se dice, no vulnera el principio de inescindibilidad normativa, debido a que fue el legislador el que dispuso que la norma en comento se aplicara de esa manera. (CC, SU023/18, 2018)</p>
--	---

“25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), Consejo de Estado, 2019.

([https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/25000-23-42-000-2013-02235-01\(2602-16\)ce-suj2-016-19.htm](https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/25000-23-42-000-2013-02235-01(2602-16)ce-suj2-016-19.htm))

Del precedente Constitucional se ve devenir una aclaración paulatina, casi tímida, de la aplicación o no del art. 36 de la ley tantas veces mencionada, para liquidar o reliquidar una pensión de vejez a una persona quien se ve beneficiado del régimen de transición. En un inicio se da una interpretación favorable en relación con excluir tal precepto legal y redirigirse a normas más favorables como la Ley 33/85 al momento de liquidar o reliquidar la pensión de vejez, su postura empieza a cambiar en la medida de darse casos de abuso del derecho, verse como personas inescrupulosas logran incrementar inexplicablemente sus aportes en el último año antes de adquirir una pensión de vejez, mediante nombramientos en cargos de libre nombramiento, cargos provisionales, en encargos e incluso contratación directa.

Pareciera ser estos casos de abuso del derecho, del porqué la Corte pasa a definir no ser aplicable una norma distinta para la liquidación o reliquidación de la pensión de vejez a la

consignada en la ley 100/93, ante acciones de abuso del derecho peligraba el sostenimiento financiero del sistema de seguridad social general en pensiones. Adicional, mantener este beneficio solo a cierta población, cuando la carga la asumían todos, quebrantaba el derecho a la igualdad material, creando una desigualdad insustentable.

Consecuente con lo mencionado, la Corte Constitucional llegó a la interpretación del régimen de transición consignado en el art. 36 de la ley 100 considerando el ánimo del legislador, hacer ultra activo para los trabajadores oficiales a quienes le eran aplicables otro régimen de pensión al actual, lo concerniente a “(i) La edad para consolidar el acceso al beneficio prestacional. (ii) El tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas para el efecto. (iii) El monto de la misma.” (CC, SU395/17, 2017)

El último punto, lo referente a “monto”, no abarcaba el ingreso base de liquidación, como aquellos factores a sumarse para el cálculo de la pensión de vejez o reliquidación de ésta, en su lugar era la tasa de remplazo estipulada antes: el 75% del artículo 1 de la ley 33 de 1985 y no el 65% del artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

Vale la pena a este punto resaltar las posturas de las altas Cortes frente a la interpretación del artículo 36 de la ley 100 de 1993:

- (i) El Consejo de E. antes y después de la sentencia del año 2010 predicaba hacer parte el IBL en el régimen de transición, debiéndose hacer el cálculo y reliquidación de la pensión de vejez conforme con normas anteriores a la ley 100 de 1993. Esta posición se mantuvo hasta el fallo del año 2018, donde fija la aplicación de la ley 100 de 1993 para todos los casos.
- (ii) La Corte Constitucional mantuvo la posición del cálculo y la reliquidación de la pensión de vejez a trabajadores oficiales deber hacerse según el régimen especial perteneciente,

incluida la aplicación de la ley 33 de 1985, fue hasta el año 2013 donde mediante sentencias tipo C y SU empezó a dar atisbos del IBL no hacer parte del régimen de transición, para culminar desechando la idea, siendo el argumento el evitar abusos del derecho y el quebrantamiento de la igualdad.

(iii) La Corte Suprema de Justicia, según sus fallos SL20223 de 1997, SL10440 de 1998, SL13336 de 2000, SL 17192 de 2002, SL 19663 de 2003, SL 22226 de 2004, SL 33343 de 2008, SL 31711 de 2009, SL 571960 de 2018, entre otros, ha reiterado el IBL no hacer parte del régimen de transición.

De lo anterior, desde el fallo del 2018 se puede decir, el Consejo de Estado se acogió a la postura de la Corte Suprema de Justicia y los pronunciamientos de la Corte Constitucional, unificando de esta forma criterios con las altas Cortes.

Capítulo IV desarrollo de la pregunta de investigación – análisis y discusión de resultados.

Antes de entrar en materia, el sentido del fallo del 04 de agosto de 2010 del Consejo de Estado Sección Segunda con radicado No. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), fue replicado en el fallo del 03 de febrero de 2011 del Consejo de Estado Sección Segunda con radicado No. 250002325000200701044 01(0670-2010), donde una vez más el magistrado ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, sostiene su tesis de ser la interpretación correcta al artículo 36 de la ley 100 de 1993 el redireccionarse a la ley 33 de 1985 para el cálculo y reliquidación de la mesada pensional.

Así las cosas, tenemos sustento suficiente para responder la pregunta ¿el fallo del 28 de agosto de 2018 del Consejo de Estado Sala Plena con radicado No. 52001-23-33-000-2012-00143-01, MP Dr. César Palomino Cortés, corrigió un yerro jurídico sobre la interpretación realizada por los jueces en la aplicación del artículo 36 de la ley 100 de 1993 en pro de calcular o reliquidar el monto de la mesada pensional, o en su defecto limito derechos a través de una interpretación restrictiva de la norma en vía de garantizar el principio de sostenibilidad financiera para con el sistema de seguridad social?

Tal y como lo vimos en el primer capítulo de este trabajo de investigación, la pensión es un derecho prestacional regulado por el legislador, quedando la facultad en el legislativo para determinar cuáles son los requisitos para adquirir la pensión de vejez y cómo se calcula o reliquida el monto de la mesada pensional. Y de darse un cambio en el sistema de pensiones, es el legislador quien debe proteger mediante la norma la expectativa legítima de los trabajadores quienes aspiran una pensión de vejez, recayendo el control de si dicha norma se ajusta o no a la Constitución en la Corte Constitucional.

Procedemos a aclarar si existía un yerro jurídico o una vaguedad legal en la interpretación del artículo 36 de la ley 100 de 1993, trabajando sobre los incisos dos y tres. El inciso dos señala tres requisitos:

La edad para acceder a la pensión de vejez
 el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y
 el monto de la pensión de vejez de las personas

[Luego supedita estos tres requisitos a dos condiciones]

que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres”
 o quince (15) o más años de servicios cotizados

[Y finaliza indicando] será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley. (Ley 100, 1993 Art. 36) Aquí es necesario un comparativo para revisar cómo está definido “monto” en la Ley 33 de 1985, Decreto 1160 de 1989 y ley 100 de 1993:

Tabla 3

Comparativo - monto en la pensión de vejez y/o jubilación de ley 100 de 1993, ley 33 de 1985 y Decreto 1160 de 1989.

Artículo 24 Ley 100 de 1993	Artículo 1 de la ley 33 de 1985	Artículo 25 del Decreto 1160 de 1989
El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las	El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos	Monto de la pensión de jubilación por aportes. El monto de la primera mesada

<p>primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación. (Ley 100, 1993 Art. 36)</p>	<p>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 Art 1)</p>	<p>de la pensión de jubilación por aportes, expresada en número de salarios mínimos mensuales, será igual al 45% de la base de liquidación, más el 3% de la misma base por cada año de aportes efectuados con posterioridad al 19 de diciembre de 1988, sin que el monto total sobrepase el 75% de dicha base. El valor mínimo de la pensión de jubilación por aportes no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a 15 veces dicho salario. (Dto. 1160, 1989 Art. 25)</p>
--	---	--

“Ley. 100” Congreso 1993. (http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html); “Ley 33”

Congreso 1985. (<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=248>); “Dto. 1160”

Gobierno Nacional 1989. (<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1492>).

Como podemos observar, el monto de la pensión no es igual a ingreso base liquidación sino a la tasa de remplazo desde donde parte el ingreso base liquidación para cuantificar la mesada pensional mensual, se explica, el ingreso base de liquidación es un 100% de un promedio de ingresos recibidos en X tiempo, de los cuales se hizo un aporte a seguridad social, y el monto sería el porcentaje o la base definida por la Ley o legislador.

El art 1 de la ley 33/85 fija el monto en el 75%, posterior dice que el ibl será lo percibido en el último año, el artículo 25 del decreto 1160 de 1989 fija el monto en un máximo del 75% y finalmente el art. 24 de la ley 100 determina el monto en un 65% sin superar el 85% en función de las semanas cotizadas.

Luego continua el inciso tercero del artículo 36 de la ley 100/93.

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

De tal resorte, mientras el inciso dos daba la posibilidad de redireccionarse a otra norma distinta a la ley 100/93 para determinar el monto mensual de la mesada pensional como la tasa de remplazo, así como la edad y semanas cotizadas, el inciso tres determinaba cómo debía cuantificarse el ingreso base liquidación no dejando posibilidad al lector u operador de redireccionarse a otra disposición normativa distinta a la ley 100 de 1993.

En este sentido, podría afirmarse el Juez en su fallo del 2018 haber corregido un yerro jurídico por su antecesor. El Juez en su fallo del 2010 le dio una interpretación textual e histórica al art 36 de ley 100; textual, al excluir de su interpretación el inciso tercero del precepto legal,

redireccionándose a una norma distinta para calcular la tasa de remplazo y el ingreso base de liquidación; histórico del porqué se acoge al principio de progresividad para apoyar su tesis de no desconocer los derechos logrados a la fecha por el Estado.

Contrario sensu, el Juez en su fallo del 2018 hace una interpretación sistemática y finalista, al darle una interpretación integral al artículo 36 mencionado, identificando cuál era la expectativa legítima a rescatar por el legislador en el momento de determinar un apartado legal en el régimen de la seguridad social para salvaguardar derechos adquiridos.

Bien podríamos sopesar el principio constitucional laboral de favorabilidad en aras de determinar si con este principio puede no predicarse un yerro jurídico.

El principio de favorabilidad se aplica en los casos en que existe duda sobre la disposición jurídica aplicable, en tanto se encuentran dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho. En tales eventos, “los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social”, respetando el principio de inescindibilidad de la norma, esto es, la aplicación de manera íntegra en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece. (CC, T-088/18, 2018, parr.3)

De una lectura rápida podría entenderse un redireccionamiento a aplicar una norma más favorable al trabajador como lo es la ley 33/85, para el cálculo o reliquidación de la mesada pensional en lugar del artículo 36 (ley 100/93). Sin embargo, el mismo principio de favorabilidad se limita así mismo con el principio de inescindibilidad y éste consiste en entender que las normas jurídicas bajo las cuales ha de regirse un asunto concreto deben ser aplicadas en su integridad, es decir, no pueden ser divididas para resolver con parte de ellas y parte de otras el caso de que se trate. La inescindibilidad se estructura con fundamento en el principio de

favorabilidad, según el cual, no es viable desmembrar las normas legales, de manera que quien resulte beneficiario de un régimen debe aplicársele en su integridad y no parcialmente tomando partes de uno y otro ordenamiento. [...] cuando en un asunto se encuentran dos o más textos aplicables a la solución del caso concreto, la norma que se adopte: i) debe ser la más favorable al trabajador y ii) debe ser aplicada en su integridad, con lo cual, se evita el desmembramiento de las normas legales para tomar aspectos favorables que uno y otro régimen ofrezca. De esta manera, quien invoca un ordenamiento que le beneficia y quien en efecto lo aplica no puede recoger las prebendas contenidas en el uno para incrustarlas en la aplicación del otro (CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, 25000-23-42-000-2013-02235-01(2602-16), 2019)

En este orden de ideas, si bien existían dos normas vigentes, la ley 33 de 1985 y la ley 100 de 1993, la ley 100 de 1993 señalaba los aspectos vigentes de la ley 33 de 1985 como lo dejó sentado la Corte Constitucional en sus sentencias C-168 de 1995 y C-596/97, recordando el principio de “irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales”, (Constitución Política de Colombia, 1991 art.56) como la facultad del legislador para reglamentar cuáles serán los requisitos para adquirir la pensión de vejez o cuál será la base del cálculo o reliquidación de la mesada pensional y su ingreso base liquidación.

Y la única forma de no aplicar una norma es cuando la misma ha sido declarada inexecutable. Entonces, el principio de inescindibilidad no concebía la opción de aplicar otra disposición distinta a la vigente, la ley 100 de 1993 y si para el operador judicial del fallo del 2010 existía duda, debió primero remitirse a la ley 100 de 1993 y no a otra como lo hizo su sucesor en el fallo del 2018, además porque la ley 100 de 1993 permitía en función de las semanas cotizadas incrementar la base del monto a un máximo de 85%. No obstante, el fallo del 2018 materia de estudio no fue el único en llegar a dicha conclusión:

No protege meras expectativas como lo es el IBL aplicable. Solo sería posible desconocer ese mandato legal, si fuera declarado inexecutable por la Corte o inaplicable por el juez vía de la excepción de inconstitucionalidad, si se dieran los presupuestos, lo que en sentir de la Sección no ocurre porque no se evidencia contradicción con la carta política. (...) En la sentencia SU-023 del 5 de abril de 2018, la Corte Constitucional se refirió a la imposibilidad de aplicar en materia de transición los principios de favorabilidad e inescindibilidad del régimen pensional, así como el principio de confianza legítima, dado que el IBL y el periodo de causación de las pensiones habían sido expresamente regulados por el legislador, en atención a la libertad de configuración legislativa y a que se trataba de simples expectativas, no de derechos adquiridos o expectativas legítimas. (CE, 11001-03-15-000-2017-02988-00(AC), 2018)

En relación con “o en su defecto limito derechos a través de una interpretación restrictiva de la norma en vía de garantizar el principio de sostenibilidad financiera para con el sistema de seguridad social” el acto legislativo 01 de 2005 señaló

El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas. (Constitución Política de Colombia, 1991 Art. 48)

Resulta una apreciación errónea, el operador judicial no está restringiendo un derecho, por el contrario, no le corresponde dar una interpretación distinta a la concebida por el legislador, cuando es éste quien determina los beneficios mínimos laborales. Una interpretación distinta

creando un derecho no previsto podría afectar severamente las finanzas del Estado, como posiblemente ocurrió al punto de la Corte Constitucional hablar de pensiones adquiridas con el abuso del derecho.

Conclusiones

Los jueces crean derecho a partir de su interpretación judicial, pues el derecho se materializa con el actuar estatal a través de la decisión judicial de un Juez. Para este caso podemos ver como el magistrado ponente el Dr. Victor Ardila en su fallo del 04 de agosto de 2010 modifica una norma como lo es el artículo 36 de la ley 100 de 1993 creando una regla distinta para calcular o reliquidar la mesada pensional.

Por otra parte, observamos como la Corte Constitucional funge su función de control de constitucionalidad, tanto para el poder judicial como para el poder legislativo y siempre en protección de la Constitución, pudiendo corregir yerros jurídicos de otros operadores judiciales; su control no se limita a decidir si una norma es exequible o inexecutable, define cómo debe el operador judicial entender la norma y con ello modificar el precedente judicial.

Podría decirse, la Corte Constitucional no aplica justicia mediática, porque para ella solo le es relevante si la regla está acorde a la Constitución o no, sin importar si con sus decisiones se desmejoran las condiciones de los trabajadores, pues es consciente de la facultad de modificar los beneficios mínimos laborales recaer en el poder legislativo y no en el operador judicial.

Los principios laborales constitucionales son una carta en blanco, quedando a merced del poder legislativo quien define cómo se han de plasmar o concretar en la norma, por ende, tales

principios no serán perpetuos en el tiempo ajustándose a los intereses de turno. Llamando la atención de cómo el legislador puede modificar las normas laborales, incluso creando condiciones menos favorables a los trabajadores obrando en nombre de políticas públicas.

En cuanto con la expectativa legítima, ésta no puede garantizarse si deviene de un yerro jurídico del operador judicial, esto quedó sentado en el cambio del precedente judicial del fallo del 28 de agosto de 2018 del Consejo de Estado Sala Plena con radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ), MP Dr. César Palomino Cortés, pese a otros verse beneficiados del error porque sus casos hacen caso a cosa juzgada, sin lugar a duda se crea un injusto e inequidad para quienes esperaban tener un derecho o resultado y hoy se les niega.

Se denota una falta de control en las decisiones de los jueces de las altas cortes, es entendible las decisiones de éstos no ser plausibles al público, más ¿Qué sucede si un derecho es negado por un Juez y años después es concedido por otro Juez o viceversa? A juicio de los investigadores esta no es una carga que deba asumir el administrado o los particulares y en especial los abogados, quienes orientan a sus clientes conforme con el precedente jurisprudencial.

Para concluir, es de afirmar el hecho de los beneficios mínimos laborales no solo recaer en el poder legislativo, el poder judicial puede crear, modificar o eliminar derechos a partir de la interpretación de la norma, como se vio en estos casos. El riesgo no es en sí la facultad de los jueces, es la creación de un derecho el cual no es democrático.

Bibliografía

Acto Legislativo 1/05, julio 22, 2005. Diario Oficial [D.O]: 45980.Obtenido el 31 de agosto del

2021. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=17236>

Campos Flores, E. P., & Sepúlveda Hales, B. (2013). *El realismo jurídico norteamericano:*

Escuela de derecho [Universidad de Chile].

<https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/115314>

Código sustantivo del trabajo y código procesal del trabajo y de la seguridad social [CPTSS]

(2006). (Colombia) 48ª ed. Legis.

Consejo de Estado [C.E]. Sala Plena, agosto 28, 2018. M.P: C. Palomino.52001-23-33-000-

2012-00143-01. Obtenido el 25 de agosto del 2021. <https://vlex.com.co/vid/773432297>

Consejo de Estado [CE]. Sala de lo Contencioso Administrativo, agosto 04, 2010. M.P.: V.

Ardila. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09). (Colombia). Obtenido el 20 de

febrero de 2021. [https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/25000-23-25-000-](https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).htm)

[2006-07509-01\(0112-09\).htm](https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).htm)

Consejo de Estado [CE]. Sala De Lo Contencioso Administrativo, julio 18,2018. C.P.; J.

Ramirez. 11001-03-15-000-2017-02988-00(AC). (Colombia). Obtenido el 25 de marzo

del 2021. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=88463>

Consejo De Estado [CE]. Sala de lo Contencioso Administrativo, mayo 30, 2019.C.P: W.

Hernández. 25000-23-42-000-2013-02235-01(2602-16. Obtenido el 25 de agosto del

2021. [https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/25000-23-42-000-2013-02235-](https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/25000-23-42-000-2013-02235-01(2602-16)ce-suj2-016-19.htm)

[01\(2602-16\)ce-suj2-016-19.htm](https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/25000-23-42-000-2013-02235-01(2602-16)ce-suj2-016-19.htm)

Consejo De Estado[CE]. Sala de lo Contencioso Administrativo, mayo 11, 2016. C.P: J. Octavio. *11001-03-15-000-2016-00380-00(AC)*. Obtenido el 31 de agosto del 2021.

[http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-15-000-2016-00380-00\(AC\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-15-000-2016-00380-00(AC).pdf)

Constitución Política de Colombia [Const. P.]. (1991). (Colombia). 46a. ed. Legis,

Corte Constitucional de Colombia [CC, abril 10, 1995. M.P.: C. Gaviria. Sentencia C-168/95.

Obtenido el 31 de agosto 2021.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=36034>

Corte Constitucional de Colombia [CC], abril 29, 2015a. M.P.: J. Preteld. Sentencia SU230/15.

Obtenido 6 de septiembre del 2021.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU230-15.htm>

Corte Constitucional de Colombia [CC], abril 5, 2018a. M.P.: C. Bernal. Sentencia

SU023/18. Obtenido el 08 de marzo 2022.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU023-18.htm>

Corte Constitucional de Colombia [CC], abril 6, 2006. M.P.: M. Cepeda. Sentencia T-292/06.

Obtenido el 19 de septiembre 2021.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-292-06.htm>

Corte Constitucional de Colombia [CC], agosto 10, 1998. M.P.: A. Martínez. Sentencia C-

400/98. Obtenido el 10 de julio del 2021.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-400-98.htm>

Corte Constitucional de Colombia [CC], agosto 11, 2016. M.P.: L. Guerrero. Sentencia

SU427/16. Obtenido el 25 de septiembre del 2021.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU427-16.htm>

Corte Constitucional de Colombia [CC], agosto 5, 2003. M.P.: R. Escobar. Sentencia C-655/03.

Obtenido el 25 de julio 2021. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-655-03.htm>

Corte Constitucional de Colombia [CC], agosto 9, 2001b. M.P.: R. Escobar. Sentencia C-836/01.

Obtenido el 10 de julio 2021. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>

Corte Constitucional de Colombia [CC], enero 26 2017, M.P.: A. Linares. Sentencia T-036/17.

Obtenido el 02 marzo del 2021. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-036-17.htm>

Corte Constitucional de Colombia [CC], febrero 19, 1998. M.P: H. Herrera. Sentencia SU-

039/98. Obtenido el 10 de julio del 2021.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU039-98.htm>

Corte Constitucional de Colombia [CC], febrero 5, 2019. M.P.: A. Rojas. Sentencia T-

043/19. Obtenido el 31 de agosto de 2022.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/t-043-19.htm>

Corte Constitucional de Colombia [CC], julio 17, 1992. M.P.: S. Rodríguez. Sentencia T-471/92.

Obtenido el 23 junio del 2021. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-471-92.htm>

Corte Constitucional de Colombia [CC], julio 2, 2013. M.P.: J. Pretelt. Sentencia T-398/13.

Obtenido el 15 de septiembre del 2021.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-398-13.htm>

Corte Constitucional de Colombia [CC], julio 5, 2001. M.P.: C. Triviño. Sentencia C-710/01. Obtenido el 10 de julio 2021.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-710-01.htm>

Corte Constitucional de Colombia [CC], junio 22, 2017. M.P.: L. Guerrero. Sentencia SU395/17. Obtenido el 02 de marzo 2021.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU395-17.htm>

Corte Constitucional de Colombia [CC], junio 25, 1992. M.P.: S. Rodríguez Sentencia T-432/92. Obtenido el 23 junio del 2021. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-432-92.htm>

Corte Constitucional de Colombia [CC], junio 5, 1992. M.P.: C. Angarita. Sentencia T-406/92.

Obtenido el 05 junio 2021. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm>

Corte Constitucional de Colombia [CC], marzo 26, 1993. M.P.: H. Herrera Sentencia T-116/93.

Obtenido el 28 de junio 2021. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-116-93.htm>

Corte Constitucional de Colombia [CC], marzo 8, 2018. M.P.: J. Reyes. Sentencia T-088/18.

Obtenido el 31 de agosto 2021. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-088-18.htm>

Corte Constitucional de Colombia [CC], mayo 12, 1995. M.P.: A. Matinés. Sentencia T-207/95. Obtenido el 28 de julio del 2021.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-207-95.htm>

Corte Constitucional de Colombia [CC], mayo 22, 2015a. M.P.: M. González. Sentencia C-284/15. Obtenido el 30 de junio del 2021.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-284-15.htm>

Corte Constitucional de Colombia [CC], mayo 22, 2015b. M.P.: J. Preteld. Sentencia T-309/15. Obtenido el 23 de septiembre del 2021.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-309-15.htm>

Corte Constitucional de Colombia [CC], mayo 28, 2008. M.P.: H. Sierra. Sentencia C-540/08. Obtenido el 28 de abril 2021. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-540-08.htm>

Corte Constitucional de Colombia [CC], mayo 7, 2013. M.P.: J. Pretelt. Sentencia C-258/13. Obtenido el 19 de septiembre 2021.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-258-13.htm>

Corte Constitucional de Colombia [CC], noviembre 10, 1993. M.P.: Hernando Herrera Vergara. Sentencia T-516/93. Obtenido el 23 de junio del 2021.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-516-93.htm>

Corte Constitucional de Colombia [CC], noviembre 20, 1997. M.P.: V. Naranjo. Sentencia C-596/97. Obtenido el 10 de agosto de 2021.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/C-596-97.htm>

Corte Constitucional de Colombia [CC], octubre 12, 2017. M.P.: G. Ortiz. Sentencia SU631/17. Obtenido el 02 de marzo 2021.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU631-17.htm>

Corte Constitucional de Colombia [CC], octubre 21, 1994. M.P.: A. Matinez Sentencia T-456/94. Obtenido el 31 de agosto del 2021.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-456-94.htm>

Corte Constitucional de Colombia [CC], octubre 23, 2008. M.P. C. Vargas. Sentencia T-1040/08. Obtenido el 23 de agosto 2021. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-1040-08.htm>

Corte Constitucional de Colombia [CC], septiembre 30, 2015. M.P.: J. Pretelt. Sentencia T-621/15. Obtenido el 31 de agosto de 2022.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-621-15.htm>

Corte Constitucional de Colombia [CC]. 13 de septiembre, 2017. M.P.: A. Linares. Sentencia C-571/17. Obtenido el 02 marzo del

2021. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-571-17.htm>

Corte Constitucional de Colombia [CC]. agosto 24, 2011. M.P.: L. Vargas. Sentencia C-634/11.

Obtenido el 24 de julio 2021. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-634-11.htm>

Corte Constitucional de Colombia [CC]. diciembre 7, 2005. M.P.: C. Vargas. Sentencia T-1291/05. Obtenido el 19 de septiembre 2021.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-1291-05.htm>

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de casación laboral, octubre 17, 2008. M.P.: G. Gnecco. Sentencia SL-391/20. (Colombia).

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de descongestión laboral, febrero 10, 2020. M.P.: C. Guarín. Sentencia SL-391/20. (Colombia). Obtenido el 11 de junio 2021.

<https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/bfeb2020/Ficha%20SL391-2020.pdf>

Cuesta Davu, A. A. (2016). Responsabilidad del estado por simple cambio de jurisprudencia en el derecho colombiano. *Ratio Juris UNAULA*, 11(23), 47–71.

<https://doi.org/10.24142/raju.v11n23a2>

Decreto 1158/94, junio 3, 1994. Presidencia de la república. (Colombia). Obtenido el 21 de septiembre 2021.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=76599>

Decreto 1160/89, junio 2, 1989. Presidencia de la república. (Colombia). Obtenido el 25 de septiembre 2021.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1492>

Decreto 1848/69, noviembre 4. 1969. Presidencia de la república. (Colombia). Obtenido el 25 de septiembre 2021.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1291>

Decreto Ley 1042/78, junio 7, 1978. Presidencia de la república. (Colombia). Obtenido el 21 de septiembre 2021.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=66581>

Decreto Ley 1045/78, junio 7, 1978. Presidencia de la república. (Colombia). Obtenida el 23 de septiembre 2021.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1466>

Decreto Ley 3135/68, diciembre 26, 1968. Presidencia de la república. (Colombia). Obtenido el 25 de septiembre 2021.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1567>

Diez-Picazo, L. M. (1988). Concepto De Ley Y Tipos De Leyes (¿Existe una noción unitaria de ley en la Constitución española?). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 24, 47–93.

Estrada Vélez, S. (2016). Los principios generales del derecho en el artículo 230 de la Constitución Política. ¿Normas morales o normas jurídicas? *Opinión Jurídica*, 15(30), 47–66. <https://doi.org/10.22395/ojum.v15n30a2>

Gallego Marín, C. A. (2012). El concepto de seguridad jurídica en el Estado Social. *Jurídicas*, 9(2), 70–90.

Gimeno Presa, M. C. (2000). La interpretación jurídica en la obra de Riccardo Guastini. *Anuario de filosofía del derecho*, 17, 305–336.

Hernández-Montenegro, M. A., & Reyes-Martínez, M. J. (2014). Protección especial al trabajador en asuntos de seguridad social. *Derecho y Realidad*, 12(24), 49–54.

Kelsen, H., & Vernengo, R. J. (1982). *Teoría pura del derecho* (2a. ed.). Universidad Nacional Autónoma de México. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/id/1039>.

Ley 100, diciembre 23, 1993. Diario Oficial [D.O]: 41148. Obtenido el 31 de agosto del 2021. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html

Ley 1393, diciembre 12, 2010. Diario Oficial [D.O]: 47768. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1393_2010.html

Ley 1395, julio 12, 2010. Diario Oficial [D.O]: 52130. Obtenido el 20 de septiembre del 2021. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1395_2010.html

Ley 1437, enero 18, 2011. Diario Oficial [D.O]: 52130. Obtenido el 25 de agosto del 2021. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

Ley 169/1896, diciembre 31, 1986. Diario oficial [D.O]: 10235. Obtenido el 24 de abril del 2021. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=17755>

Ley 1751, febrero 16, 2015. Diario Oficial [D.O]: 49427. Obtenido el 31 de agosto del 2021. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1751_2015.html

Ley 2080, enero 25, 2021. Diario Oficial [D.O]: 52130. Obtenido el 31 de agosto del 2021. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2080_2021.html

Ley 33, enero 29, 1985. Diario Oficial [D.O]: 36100. Obtenido el 31 de agosto del 2021 <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=248>

Ley 62, septiembre 16, 1985. Diario Oficial [D.O]: 37.154. Obtenido el 25 de agosto del 2021. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14148>

Ley 797, enero 27, 2003. Diario Oficial [D.O]: 45079. Obtenido el 25 de agosto del 2021. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0797_2003.html

López Medina, D. E. (2006). *Interpretación constitucional* (2a ed). Consejo Superior de la Judicatura. <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/node/3113>

Muñoz Osorio, A., & Esguerra Muñoz, G. (2012). La pensión como derecho fundamental en el sistema de seguridad social colombiano. *Justicia juris*, 8(2), 88–101. <https://doi.org/10.15665/rj.v8i2.173>

Muñoz-Agredo, M. F. (2014). Argumentación jurídica y principios constitucionales: Su incidencia en el derecho privado. *Derecho y Realidad*, 12(23), 325–348. <https://doi.org/10.19053/16923936.v1.n23.2014.4579>

Pérez Luño, A.-E. (2000). La seguridad jurídica: Una garantía del derecho y la justicia. *Boletín de la Facultad de Derecho*, 15. <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFD-2000-15-48A09575&dsID=PDF>

Quinche Ramírez, M. F. (2014). *El precedente judicial y sus reglas*. Universidad del Rosario.

Legis.

Rojas González, G. (2020). El sentido de la dogmática jurídica: Apuntes para una lectura desde el realismo jurídico clásico. *Novum Jus*, 14(1), 191–213.

<https://doi.org/10.14718/NovumJus.2020.14.1.8>

Salazar, C. G. (2012). Pioneros del realismo jurídico metafísico en Colombia. *Principia Iuris*, 17(17), 19-30. <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/453>

Salcedo Castro, M. (2006). *El arbitraje en los contratos concluidos por la administración: Estudio de derecho comparado francés y colombiano*. Universidad del Rosario.

<https://vlex.com.co/source/arbitraje-contratos-administracion-2779>

Trujillo González, J. S., & Giraldo Galeano, S. A. (2014). Reflexiones entorno al neoconstitucionalismo. *Conflicto & Sociedad*, 2(1), 33–46.

Velasco Cano, N., & Vladimir Llano, J. (2015). Teoría del derecho neoconstitucionalismo y modelo de estado constitucional en el contexto colombiano. *Novum Jus*, 9(2), 49–74.

<https://doi.org/10.14718/NovumJus.2015.9.2.2>