

# Notas Fiscales

**Régimen de transición pensional de los  
servidores públicos, Sistema General de  
Pensiones.**

Dirección General Regulación Económica  
de la Seguridad Social

**No. 7, Mayo 2011**



Ministerio de Hacienda y Crédito Público  
Dirección General de Política Macroeconómica  
Centro de Estudios Fiscales

## **RÉGIMEN DE TRANSICION PENSIONAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS, SISTEMA GENERAL DE PENSIONES.**

Dirección General Regulación Económica de la Seguridad Social

### **RESUMEN EJECUTIVO**

Uno de los objetivos esenciales del Sistema General de Pensiones creado por la Ley 100 de 1993 era la unificación de los regímenes pensionales, en desarrollo del principio constitucional de universalidad del Sistema. Para ello, el legislador estableció dos regímenes generales y mantuvo una transición para aquellas personas que no habían consolidado sus derechos pero venían vinculadas a los antiguos regímenes y tenían algunas condiciones de edad o tiempo de servicio. Sin embargo, este objetivo no ha podido alcanzarse pues las decisiones judiciales que han venido expidiéndose desde los comienzos del nuevo sistema han prolongado la duración del régimen de transición y han extendido sus beneficios, más allá de lo originalmente previsto en la Ley 100. Estas decisiones afectan además el objetivo de mejorar la sostenibilidad financiera del Sistema pues pueden tener un costo actuarial de entre \$11,7 y \$20,1 billones a pesos de 2010, para la Rama Judicial, Ministerio Público, y Contraloría General de la República. De extenderse tales decisiones al resto de los servidores públicos nacionales, el impacto adicional estimado sería de entre \$31.3 y \$37.1 billones a pesos de 2010.

### **ABSTRACT**

One of the main goals of the General Pension System created by Law 100 of 1993 was to unify pension regimes in Colombia, answering to the Constitutional mandate of universality. To this purpose, the Congress established two general regimes and defined a transition process for those workers under the old regimes still short of meeting their pension requirements, but above certain age or years worked thresholds. However, this goal has not been met due to judicial rulings issued since the beginning of the new system, that have extended the duration of the transition process and the benefits it awards, far beyond what was initially provided for in Law 100. This rulings jeopardize the financial sustainability of the pension system, as its cost may range between \$11,7 and \$20,1 billion in 2010 prices, only in rulings regarding the judicial branch, the Inspector General Ministry, and the Comptroller General Office. If this judicial trend reaches the rest of the public sector at the central government level, the additional cost is estimated between \$31.3 and \$37.1 billion, in 2010 prices.

*Boletín No. 7*

*Códigos JEL: H55, I28*

*Palabras Clave: Régimen de transición, pensiones, Ley 100 de 1993*

## Introducción

El Régimen de Transición fue establecido por la Ley 100 de 1993 como un mecanismo que permitiera de forma gradual y progresiva ir unificando las condiciones generales de reconocimiento de las pensiones, establecidas por la misma Ley, en cumplimiento del principio de universalidad consagrado por el artículo 48 de la Constitución y desarrollado por la Ley. Con su aplicación se pretendía, sin desconocer unos parámetros establecidos por los regímenes existentes con anterioridad a dicha Ley, ir disminuyendo la enorme dispersión de regímenes y de mecanismos de liquidación que por permitir abusos generaron unas desigualdades entre personas a las que se les aplicaba el mismo régimen, causando grave afectación del equilibrio del Sistema. Para ello el legislador definió que la aplicación de dicho régimen combinara parámetros de los establecidos por las normas anteriores con unos definidos por la nueva Ley lo cual, como se verá a lo largo de este escrito, ha sido objeto de diversas interpretaciones por la jurisprudencia, a tal punto que a la fecha estaban aun pendientes de unificación algunos aspectos relacionados con dicho régimen.

### I. Antecedentes de los artículos relacionados con el régimen de transición en el debate legislativo de la ley 100 de 1993.

Con anterioridad a la Ley 100 de 1993 el ingreso promedio para la pensión se calculaba sobre los dos últimos años en el caso del ISS y un año o menos en el caso de los regímenes de servidores públicos, lo cual estaba siendo utilizado para evadir aportes durante toda la vida laboral anterior al tiempo que servía de base para definir este Ingreso Base de Liquidación (IBL), y daba lugar a beneficios pensionales desproporcionados, que también se daban por hacer uso de esquemas como el del carrusel en cargos que permitían que las pensiones terminaran siendo liquidadas en montos superiores a los que debían ser para la liquidación de las pensiones correspondientes. Con la Ley 100 de 1993 el tiempo para la liquidación del IBL de la pensión se aumentó gradualmente de dos a diez años con el fin de combatir esta evasión, lo cual fue resultado de un estudio y una amplia discusión en el seno del Congreso a lo largo del trámite de dicha Ley. Ilustra lo anterior el comentario del Senador Ponente durante el debate sostenido en la sesión plenaria del Senado de la República el día 2 de noviembre de 1993, en la que se acordó lo que se incluiría para definir el IBL entre dos y diez años, aspecto que impactaba tanto el artículo sobre Ingreso Base de Liquidación de la pensión (Art. 21, Ley 100/93) como el del Régimen de Transición (Art. 36, Ley 100/93):

*“Señor Presidente, le pido que entremos a votar el artículo 39, el de la transición, que preserva los derechos adquiridos, hay una modificación [sic] que muy brevemente le explico, las propuso el honorable Senador Hernán Echeverri y las acogió mayoritariamente la Comisión, la primera proposición es para que a las personas que les falte entre 10 y 2 años la pensión se le [sic] liquide con base en el ingreso del período, que le falte la consecuencia es que no se desconocen derechos adquiridos, pero se evita la evasión, y la segunda modificación ...” (Se subraya)<sup>1</sup>*

### II. Normatividad del régimen de transición en la ley 100 de 1993.

Como bien ha señalado la jurisprudencia constitucional, el régimen de transición en pensiones es un instrumento que tiene por objetivo asegurar un tránsito razonable y proporcional de legislación a un grupo de personas que no han adquirido su derecho a la pensión, pero tienen una expectativa legítima al mismo, de manera tal que durante el período previsto en la ley se les apliquen algunos elementos de la norma anterior y otros de la nueva.

---

<sup>1</sup> Gaceta del Congreso N°. 377 de 1993, Pag. 15.

Así, el artículo 36 de Ley 100 de 1993 dispuso que las mujeres que tuviesen 35 años de edad, los hombres que tuviesen 40 años de edad y las personas que tuviesen 15 años o más de servicios a la fecha de entrada en vigencia del nuevo Sistema, se pensionarían con la *edad*, el *tiempo de servicios* y el *monto de la pensión* que se les venía aplicando en su propio régimen, cualquiera que fuese.

El artículo regula el tránsito de la legislación pensional anterior al nuevo régimen pensional del Sistema General de Pensiones, de la siguiente manera:

**“Artículo 36. Régimen de transición.** *La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

*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 hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos (...)*”

Los incisos transcritos han sido examinados en varias oportunidades por la Corte Constitucional y declarados **exequibles**, salvo el aparte final del tercer inciso que prescribía: "*Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos*", que fue declarado inexecutable por considerar la Corte que era irrazonable e injustificadamente discriminatorio<sup>2</sup>.

De conformidad con la norma transcrita, son beneficiarios del régimen de transición las personas que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones (1º de abril de 1994), contaban con 35 años de edad si son mujeres, 40 años en el caso de los hombres o con 15 años de servicio o su equivalente en semanas de cotización, que hayan sido incorporadas al nuevo sistema, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 de la ley 100 de 1993, es decir todos los habitantes del territorio nacional, excepto aquellos que de manera taxativa señala el artículo 279 de la Ley 100 de 1993.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Sentencia C-168 del 20 de abril de 1995, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>3</sup> Los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, el personal civil regido por el Decreto Ley 1214 de 1990 (con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la Ley 100), los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas, los maestros afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y los funcionarios de ECOPELROL. Estos últimos fueron incorporados al Sistema por la Ley 797/03, para quienes ingresaran a partir de su entrada en vigencia.

### III. Transición en los regímenes especiales.

En las excepciones contenidas en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no se encuentran los servidores públicos de la Rama Judicial, Procuraduría General de la Nación, Fiscalía General de la Nación, Defensoría del Pueblo, Instituto Nacional de Medicina Legal y Contraloría General de la República.

Ahora bien, el artículo 273 de la Ley 100 de 1993, previó:

*“ARTÍCULO 273. RÉGIMEN APLICABLE A LOS SERVIDORES PÚBLICOS. El Gobierno Nacional, sujetándose a los objetivos, criterios y contenido que se expresan en la presente Ley y en particular a lo establecido en los artículos 11 y 36 de la misma, podrá incorporar, respetando los derechos adquiridos, a los servidores públicos, aún a los congresistas, al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.*

*La seguridad social procurará ser universal para toda la población colombiana.”*

Mediante el artículo 1º del Decreto 691 de 1994, el Gobierno incorporó a los servidores públicos al Sistema General de Pensiones, haciendo referencia expresa en el literal b), a los funcionarios de la Rama Judicial Ministerio Público, Fiscalía General de la Nación y Contraloría General de la República, así:

*“ARTICULO 1o. INCORPORACION DE SERVIDORES PUBLICOS. Incorporase al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 a los siguientes servidores públicos:*

*a). Los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, departamental, municipal o distrital, así como de sus entidades descentralizadas;*

*b). Los servidores públicos del congreso de la República, de la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la organización electoral y la Contraloría General de la República.*

*PARAGRAFO. La incorporación de los servidores públicos de que trata el presente Decreto se efectuará sin perjuicio de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 104 de 1994, Decreto 314 de 1994 y Decreto 1359 de 1993 y las normas que los modifiquen y adicionen.”*

De acuerdo con el decreto anterior, quedaron incorporados al Sistema General de Pensiones todos los servidores públicos incluidos los funcionarios de la Rama Judicial, Ministerio Público, Fiscalía General de la Nación, Defensoría del Pueblo, Instituto Nacional de Medicina Legal y Contraloría General de la República a quienes entendíamos también aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 con lo cual podían acceder a la pensión con fundamento en los requisitos de edad, tiempo de servicios o semanas de cotización y monto establecidos en el régimen anterior.

En este punto cabe recordar la posición de la Rama Judicial en relación con la inclusión de sus funcionarios en el régimen universal establecido por la Ley 100 de 1993, la cual fue manifestada mediante una constancia presentada por ellos en el Segundo Simposio Nacional de Presidentes de Tribunal, que fue retomada en la discusión del proyecto de ley y consta en la Gaceta del Congreso correspondiente al debate sostenido en la sesión plenaria del Senado de la República el día 21 de octubre de 1993<sup>4</sup>:

*“Se solidariza Consejo de la Judicatura.*

**LA JUSTICIA SE REBELA POR SEGURIDAD SOCIAL**

*54 Magistrados rechazan la iniciativa, por considerarla precaria y que desmejora sus condiciones laborales en un 75%*

*Por inoperante y discriminatoria, la Rama Judicial del país solicitó a Congreso de la República que la excluya del proyecto de seguridad social que en esta Corporación se tramita.*

*En un vehemente pronunciamiento, los Presidentes de los Tribunales Superiores y Administrativos de Colombia, manifiestan que en la iniciativa de ley debe incluirse una norma en la que se establezca la autonomía para que el sector judicial imponga su propio sistema de seguridad social.*

*Los 54 Magistrados reunidos en el Segundo Simposio Nacional de Presidentes de Tribunales rechazaron las condiciones precarias de la ley estatutaria que hace trámite en el Congreso, porque desmejora sus condiciones laborales en un 75%, aumenta su edad de jubilación y reduce el valor de las pensiones, que se tienen en cuenta el momento de la liquidación.*

*“Preferimos mantener el deficiente servicio que presta la Caja de Previsión Nacional (Cajanal), a ser cobijados por un deficiente sistema que es propuesto ante las Cámaras legislativas”, manifestaron los Presidentes de los Tribunales Judiciales del Estado.*

*Actualmente los funcionarios de la Rama Judicial tienen un déficit prestacional que asciende a 300 mil millones de pesos, y el servicio de salud que presta Cajanal ha sido en reiteradas oportunidades motivo de discrepancia con los Presidentes de las altas corporaciones del país.*

*El Consejo Superior de la Judicatura, respaldó la enfática posición de los Magistrados del país, según aseguró su Presidente, Pablo Cáceres Corrales, quien aspira que en el proyecto de seguridad social que cursa en el Congreso se establezca una disposición según la cual la Rama Judicial tenga capacidad administrativa para decidir implementar y aplicar su propio proyecto de seguridad social.*

*La iniciativa que presentará el sector judicial estaría regida por los patrones generales del proyecto de ley estatutaria que desde hace un año estudia el Poder Legislativo.*

*(“El Nuevo Siglo”, viernes 15 de octubre de 1993).”*

---

<sup>4</sup> Gaceta del Congreso N°. 377 de 1993, Pag. 9.

#### IV. Jurisprudencia respecto del régimen de transición aplicable a los funcionarios de la Rama Judicial, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República.

En primer lugar, debe reiterarse que la Corte Constitucional, mediante la sentencia C- 168 de 1995, declaró exequibles los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, excepto la parte final que se mencionó. En la parte motiva de la referida sentencia, la Corte, señaló:

##### **“e.- Los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993**

*Dado que en la ley 100 de 1993 se modifican algunos de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, se establece en el inciso segundo del artículo 36, materia de acusación, un régimen de transición que da derecho a obtener ese beneficio mediante el cumplimiento de los requisitos de edad, tiempo de servicio, o semanas cotizadas estatuidas en la legislación anterior, para las personas que a la fecha de entrar a regir el nuevo sistema de seguridad social, tengan 35 años o más de edad si son mujeres, y 40 o más años de edad si son hombres; o a quienes hayan cumplido 15 o más años de servicios cotizados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para obtener tal derecho son los contenidos en las disposiciones de la nueva ley.*

*En el inciso tercero se fija el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas antes citadas, disponiendo que para quienes les faltare "menos" de diez (10) años de servicio 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 éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Y, si el tiempo que les hiciera falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada de vigencia de la ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.*

*Adviértase, cómo el legislador con estas disposiciones legales va más allá de la protección de los derechos adquiridos, para salvaguardar las expectativas de quienes están próximos por edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas a adquirir el derecho a la pensión de vejez, lo que corresponde a una plausible política social que, en lugar de violar la Constitución, se adecua al artículo 25 que ordena dar especial protección al trabajo.” – Subrayas fuera de texto-*

(...)”

Nótese que ni el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ni la sentencia de constitucionalidad señalan excepción alguna a favor de los funcionarios de la Rama Judicial, Ministerio Público, Contraloría General de la República o de cualquier otro trabajador del sector público o privado.

En la sentencia C-058 de 1998 la Corte volvió a examinar el inciso tercero frente al argumento de desconocer los derechos adquiridos de los trabajadores, por establecer el procedimiento para fijar el ingreso base a partir del cual se determina la pensión de jubilación, modificando los existentes hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. El actor consideró que los procedimientos para fijar el ingreso base se constituyen en verdaderos derechos adquiridos en materia pensional. En esta oportunidad dispuso la Corte estarse a lo resuelto en la Sentencia C-168 de 1995 por ser cosa juzgada constitucional.

No obstante lo anterior se ha considerado que existe incertidumbre jurídica en relación con la correcta aplicación del artículo 36, respecto de los servidores públicos teniendo en cuenta la jurisprudencia disímil de las Altas Cortes de la Jurisdicción Ordinaria y de la Contencioso Administrativa.

Sobre la edad y el tiempo de servicio o semanas cotizadas que se preservan en el régimen de transición no ha habido problema de interpretación alguno, pero respecto del **monto, el ingreso base de liquidación (IBL), los factores salariales que deben tenerse en cuenta y la manera como estos deben tomarse y aún frente al tope** de las pensiones existen posiciones diferentes.

#### a. Monto de la pensión

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, frente a este tema ha aplicado en su integridad el artículo 36 señalando:

*“En efecto, ese régimen garantiza a sus beneficiarios de cara a la prestación por vejez y en relación con la normatividad que venía rigiendo en cada caso, lo atinente a la edad y el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para acceder al derecho, y el monto de la prestación en lo que toca con la tasa de reemplazo; pero no lo referente al ingreso base de liquidación pensional que se rige en estricto rigor por lo previsto por el legislador en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que hace alusión para el evento de quienes estando en transición les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, al promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior”<sup>5</sup>.*

El Consejo de Estado, por su parte, ha interpretado en ocasiones que el “monto” está constituido no solo por el porcentaje o tasa de reemplazo sino también por los factores que integran la base de liquidación e inclusive por todos los elementos económicos que permiten calcular el *quantum* de la pensión: porcentaje, factores, ingreso base de liquidación y límites o topes de pensión. Así por ejemplo, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 21 de septiembre de 2000 consideró que “monto” *“no es el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75%, al partir de que un número abstracto no se aproxima siquiera a la idea que sugiere monto, que es ser el resultado de varias partidas, es decir la liquidación aritmética del derecho que se realiza con la suma de los respectivos factores”* que el Ingreso Base de Liquidación igualmente hace parte del monto y que por tanto lo que señala el artículo 36 es contradictorio pues *“si los que están en régimen de transición deben jubilarse con la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión no se ve cuáles sean las demás condiciones a que se refiere la ley (...)”*.

La misma Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 30 de noviembre de 2000 sostuvo que si se aplica el IBL del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100/93 se afecta el monto de la pensión y el régimen de transición deja de ser un beneficio, por lo cual se debe aplicar en su integridad el régimen anterior y señala que no hacerlo, se desconocería el principio de inescindibilidad.

Lo anterior significa en la práctica que siguiendo los lineamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado citados, quienes reúnen las condiciones para ser beneficiarios del régimen de transición, siguen regidos íntegramente por las normas del régimen anterior, lo cual desdibuja el propósito de la transición, tal y como se explicó en un comienzo.

Si bien en relación con el monto parece existir unidad en la jurisprudencia de la Sección Segunda, frente a los elementos que según el Consejo, forman parte del mismo (factores, promedio y tope) existen importantes discrepancias, que pasamos a analizar.

---

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Exp. No 35439 acta 15 del 5 de mayo de 2009.

## b. Factores salariales

Respecto de los factores de salario aplicables para la liquidación de las pensiones de los funcionarios de la Rama Judicial, Ministerio Público, Fiscalía General de la Nación y Contraloría General de la República, en la jurisprudencia del Consejo de Estado se encuentran posiciones divergentes en cuanto a los elementos que deben incluirse:

- a) Todos los elementos salariales devengados por el servidor.
- b) Solo aquellos sobre los cuales haya efectuado aportes.
- c) Únicamente aquellos relacionados taxativamente en la ley como “factores salariales”, que son una especie del género “elementos salariales”.

Estas posiciones divergentes se pueden observar en el siguiente cuadro:

1.- Deben incluirse todos los factores de salario devengados por el trabajador	2.- Solo aquellos sobre los cuales haya efectuado aportes	3.- Únicamente aquellos relacionados taxativamente en la ley por constituir “factores salariales” que son una especie del genero “elementos salariales”
<p><i>“La entidad de previsión social a cargo del reconocimiento debe incluir todos los factores de salario en la liquidación de la pensión, y efectuar las deducciones de ley de aquellos factores sobre los cuales no se haya efectuado, sin importar que se encuentren o no relacionados en la ley (inciso 2º del artículo 3º y 1º de las leyes 33 y 62 de 1985”.</i></p> <p><i>Sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Dr. Alberto Arango Mantilla, expediente No 25000-23-25_000-2000-2990-01 (4471-02) del 29 de mayo de 2003</i></p> <p><i>“En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo</i></p>	<p><i>“En consecuencia, la Sala confirmará el fallo de primera instancia, en cuanto declaró la nulidad del acto acusado, precisando que a título de restablecimiento del derecho, la entidad demandada, deberá reliquidar la pensión de jubilación, en el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio de sirvió de base para los aportes, durante el último año de servicio, tomando para el efecto, lo certificado, según documento visible a folios 11 y 12 del cuaderno principal del expediente.”</i></p> <p><i>Sección Segunda Subsección B, C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, 16 de febrero de 2006, dentro del expediente No 25000-23-25-0000-2001-01579-01 (1579-04)</i></p>	<p><i>“Solo deben tenerse en cuenta los factores relacionados taxativamente por la ley y en el evento de haberse efectuado aportes sobre factores no señalados en la ley deben devolverse por cuanto se estaría frente a un enriquecimiento injusto”.</i></p> <p><i>Sección Segunda, Subsección B, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, de fecha 6 de agosto de 2008, radicado No 25000-23-25-000-2002-12846—01(0640- ).</i></p> <p><i>Sección Segunda, Subsección B, C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, de fecha 28 de junio de 2007, radicado No 76001-23-31-000-2003-04083-02- (1383-06).</i></p>

<p><b>1.- Deben incluirse todos los factores de salario devengados por el trabajador</b></p>	<p><b>2.- Solo aquellos sobre los cuales haya efectuado aportes</b></p>	<p><b>3.- Únicamente aquellos relacionados taxativamente en la ley por constituir “factores salariales” que son una especie del genero “elementos salariales”</b></p>
<p><i>respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiando su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.</i></p> <p><i>Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por</i></p>		<p><i>“Lo primero que advierte al respecto la Sala es que por expresa disposición legal componen la base de liquidación pensional los factores salariales definidos en la Ley, lo que descarta en principio la inclusión de conceptos prestacionales salvo aquellos casos en los que el mismo Legislador lo ha habilitado, como se evidencia en algunos regímenes especiales en los que se incluyen en la liquidación pensional la totalidad de sumas percibidas por el empleado en el último año de servicios. Lo anterior, impone además distinguir el concepto de “factor salarial” del concepto amplio y general de “elemento salarial”. Para tal efecto, se observará el planteamiento expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-279 de 1996 (...) Así, la distinción entre elementos salariales y factores salariales implica, que la sumatoria de los primeros corresponde al salario y que los segundos concretan por disposición expresa del Legislador, los elementos salariales que deben tenerse en cuenta para calcular una determinada prestación social de conformidad con cada régimen prestacional aplicable”.</i></p> <p>Sección Segunda, Subsección A, C.P. Gustavo Eduardo Gómez</p>

1.- Deben incluirse todos los factores de salario devengados por el trabajador	2.- Solo aquellos sobre los cuales haya efectuado aportes	3.- Únicamente aquellos relacionados taxativamente en la ley por constituir “factores salariales” que son una especie del genero “elementos salariales”
<p><i>antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando”.</i></p> <p>Sección Segunda. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, de fecha 4 de agosto de 2010, expediente No 25000-23-25-000-2006- 07509-01-0112-09</p>		<p>Aranguren, radicado No 25000-23-25-000-2004-04269-01 (1020-08) del 18 de febrero de 2010.</p>

**c. Forma de liquidar factores que se devengan con periodicidad anual o quinquenal**

Respecto a la forma en que deben tenerse en cuenta en la liquidación de la pensión factores de salario cuya periodicidad es anual o quinquenal, existen dos posiciones contrapuestas. La primera señala que tales factores deben tenerse en cuenta de manera fraccionada y mensualizada, es decir una doceava parte si el factor es anual y una sesentava parte si es quinquenal. Una segunda posición considera que debe tenerse en cuenta la totalidad de lo certificado como prima anual o quinquenal según el caso:

FRACCIONADA	TOTAL
<p><i>“Se considera que es pertinente incluir como factor la bonificación especial (quinquenio), en la liquidación de la pensión calculándola de manera</i></p>	<p><i>“En estos casos se considera que al no poderse fraccionar el pago de la prestación, pues la misma se causa cada vez que la persona cumple cinco años</i></p>

<p><i>proporcional, proporción que resulta de la división del valor total certificado de dicho factor salarial entre los cinco años que sirvieron para su causación, resultado que deberá ser dividido entre los doce meses que comprende el año, en conclusión la doceava parte resultante constituirá base de liquidación pensional, en la condiciones previstas, mes a mes durante el semestre que comprende el período para calcular el monto de la pensión conforme a lo previsto por el artículo 7 del Decreto 929 de 1976”.</i></p> <p>Sección Segunda, C.P. Tarcisio Cáceres, expediente No 2294-2005 del 8 de enero de 2006.</p> <p>Sección Segunda, Subsección B C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardilla expediente No 034 – 2008 del 16 de junio de 2009.</p>	<p><i>de servicio, de tal forma que de no cumplirse dicho requisito no habría lugar a pago proporcional alguno, tampoco habría lugar fraccionarse en la Liquidación de la Pensión”.</i></p> <p>Sección Segunda, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, expediente No 25000-23-25_000-2005-06131-01 (0604-07) del 11 de marzo de 2010.</p>
--	---

Adicionalmente es preciso señalar que existen sentencias de tutela que reconocen pensiones desconociendo la jurisprudencia de las Alta Cortes y que ordenan incluir en la liquidación de la pensión el 100% de la bonificación por servicios a ciertos funcionarios de la Rama Judicial.<sup>6</sup>

#### **d. En cuanto a tope de la mesada pensional**

Frente a este aspecto, es del caso señalar que de conformidad con la normatividad vigente, solamente se pueden pensionar sin sujeción al tope máximo establecido en las leyes 100 de 1993, 797 de 2003 y Acto Legislativo 01 de 2005, los funcionarios de la Rama Judicial y del Ministerio Público que se desempeñen como Magistrados de Alta Corporación (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura), el Procurador General de la Nación, y los Procuradores Delegados ante las Altas Cortes que sean beneficiarios del régimen de transición y que adicionalmente hayan consolidado el estatus jurídico de pensionados antes del 31 de julio de 2010. Sin embargo, existen discrepancias respecto a lo aplicable en este punto; en algunos casos no se manifiesta si se debe o no aplicar un tope pensional, mientras que en otros claramente señalan que no se debe aplicar tope alguno.

---

<sup>6</sup> Ver por ejemplo sentencias del Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales del 22 de febrero de 2007 y Juzgado Noveno Penal del circuito de Bogotá del 20 de junio de 2008.

SIN REFERENCIA AL TOPE	CON EXPRESA REFERENCIA AL TOPE
<p><i>“La Sala comparte la decisión de primera instancia en cuanto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad de los actos acusados y a título de restablecimiento del derecho ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social reliquidar la pensión de jubilación a la demandante, tomando como base el 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado durante el último año de servicio, en la cual se le incluyan todas las sumas que habitual y periódicamente recibió como retribución de sus servicios.</i></p> <p><i>Por las razones que anteceden se confirmará la sentencia apelada”.</i></p> <p>Sección Segunda, subsección B, CP. C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, del 18 de mayo de 2006, Rad. No 8829-05.</p>	<p><i>“Además, el D. L. 546/71 no previó “tope pensional” en las pensiones especiales judiciales y del Ministerio Público. Sólo en caso de ley relevante a este personal que lo ordenara claramente sería aplicable el tope señalado”.</i></p> <p>Sección Segunda, Subsección B, C.P Dr. Tarcisio Cáceres Toro, del 4 de mayo de 2006, Rad. No 2052 de 2004.</p> <p><i>“De otra parte, la pensión cuya reliquidación se ordena no tiene limite alguno en cuanto al tope porque la norma especial no lo establece”</i></p> <p>Sección Segunda, Subsección B, del 10 de mayo de 2007, C.P. Jesús María Bustamante. Rad. No 3007 de 2005.</p>

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el tope de pensión que existía antes de la vigencia de la Ley 100/93 para los servidores públicos era de 15 salarios mínimos. La Ley 100/93 lo incrementó a 20 salarios mínimos, lo cual implica que el tope no forma parte de la transición pues es un elemento del nuevo régimen.

**e. Régimen de transición general para los servidores públicos (Ley 33 de 1985)**

En el caso de los servidores públicos sometidos al régimen general contemplado en la Ley 33 de 1985 es donde radica uno de los mayores problemas no resueltos en la jurisprudencia del régimen de transición. En efecto, el régimen general de los servidores públicos, aplicable a todas las personas que prestaban sus servicios al Estado en todos sus niveles, era el de la Ley 33 de 1985. Los servidores públicos que reunieran los requisitos del régimen de transición se pensionarían con 20 años de servicios y 55 años de edad, pero su IBL, de acuerdo con el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100, sería el del tiempo que les hiciese falta para pensionarse, si éste fuese menor a 10 años.

No obstante la aparente claridad de esta norma, no es tal la situación actual en la jurisprudencia:

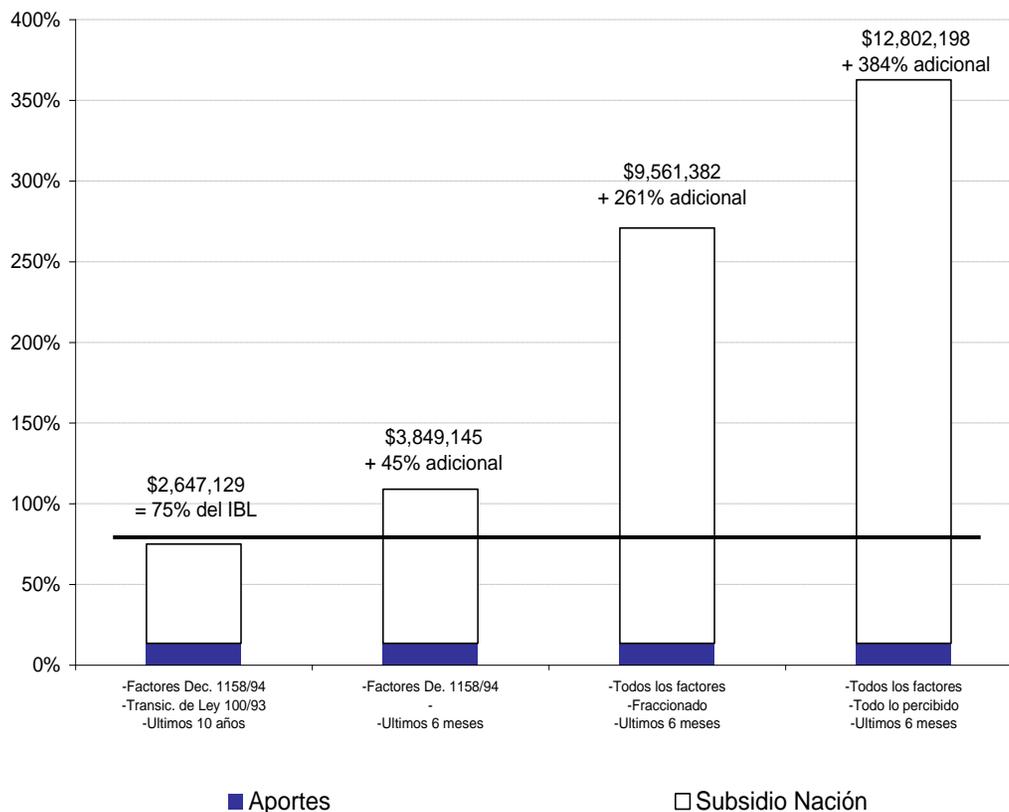
CONSEJO DE ESTADO	CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
<p><i>“en cuantía equivalente al 75% de los factores devengados durante el último año de servicios”</i></p> <p>Sección Segunda Subsección A, CP Gustavo Gómez Aranguren, del 21 de octubre de 2009.</p> <p>Sección Segunda, Subsección A, CP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, del 18 de febrero de 2010, exp. 1020 de 2008.</p> <p>Sección Segunda, Subsección A, CP Ana Margarita Olaya Forero, del 2 de Noviembre de 2006, exp. 8826 de 2005.</p> <p>Sección Segunda Subsección B, MP. Tarcisio Cáceres Toro, del 4 de noviembre de 2004, radicado No 3204 de 2002.</p> <p>Sección Segunda Subsección B, MP. Alejandro Ordóñez Maldonado, 9 de agosto de 2007 Rdo. No 1123 de 2006,</p> <p>Sección Segunda, Subsección B, del 28 de junio de 2007, Rad. No 1383 de 2006.</p>	<p><i>“con el promedio de lo devengado durante el tiempo que les faltare para adquirir el derecho, sin son menos de 10 años, contados a partir del momento en que empezó a regir la Ley 100 de 1993, esto es, 1º de abril de 1994 y no sobre la base del promedio del último año de servicios”</i></p> <p>Sala de Casación Laboral, MP Isaura Vargas Díaz, Rdo. No 30824 Acta No 025, del 20 de mayo de 2008.</p> <p>Sala de Casación Laboral, MP. Eduardo López Villegas del 21 de abril de 2009, Acta 15, exp. 35442.</p> <p>Sala de Casación Laboral, MP. Gustavo Gnecco Mendoza, Acta. 44 Rdo. No 34863 del 16 de diciembre de 2009.</p> <p>Sala de Casación Laboral MP. Elsy del Pilar Cuellar Calderón, Rdo. No 39906, acta No 02 del 2 de febrero de 2010.</p> <p>Sentencia Sala de Casación Laboral, MP. Francisco Javier Ricaurte, Rdo. No 32877 Acta 03, del 9 de febrero de 2010.</p>

Como se puede observar, las dos tesis conducen a conclusiones distintas y por tanto a pensiones distintas. El problema afecta todas las entidades que tienen a su cargo el reconocimiento de pensiones de servidores públicos incluyendo a Cajanal, al ISS, a Caprecom, al Fondo del Congreso, y a algunos empleadores que conservan todavía esa función.

#### V. Impacto fiscal de los fallos del Consejo de Estado

El impacto fiscal de los fallos del Consejo de Estado ha sido evaluado en el caso de los regímenes pensionales especiales de la Contraloría, Defensoría, Fiscalía, Medicina Legal, Procuraduría y Rama Judicial, para los servidores que se pensionaron en CAJANAL y en el ISS. A continuación, antes de mostrar el impacto fiscal global, se presentan tres ejemplos de la manera como los fallos judiciales pueden afectar el monto de una pensión. En primer lugar se muestra un ejemplo de reliquidación de una pensión de la Contraloría General de la República:

**Efectos Jurisprudencia Consejo de Estado - Contraloría**  
**Monto de la Pensión como % del Ingreso Base de Liquidación**  
 Parte subsidiada por la Nación y parte financiada con aportes

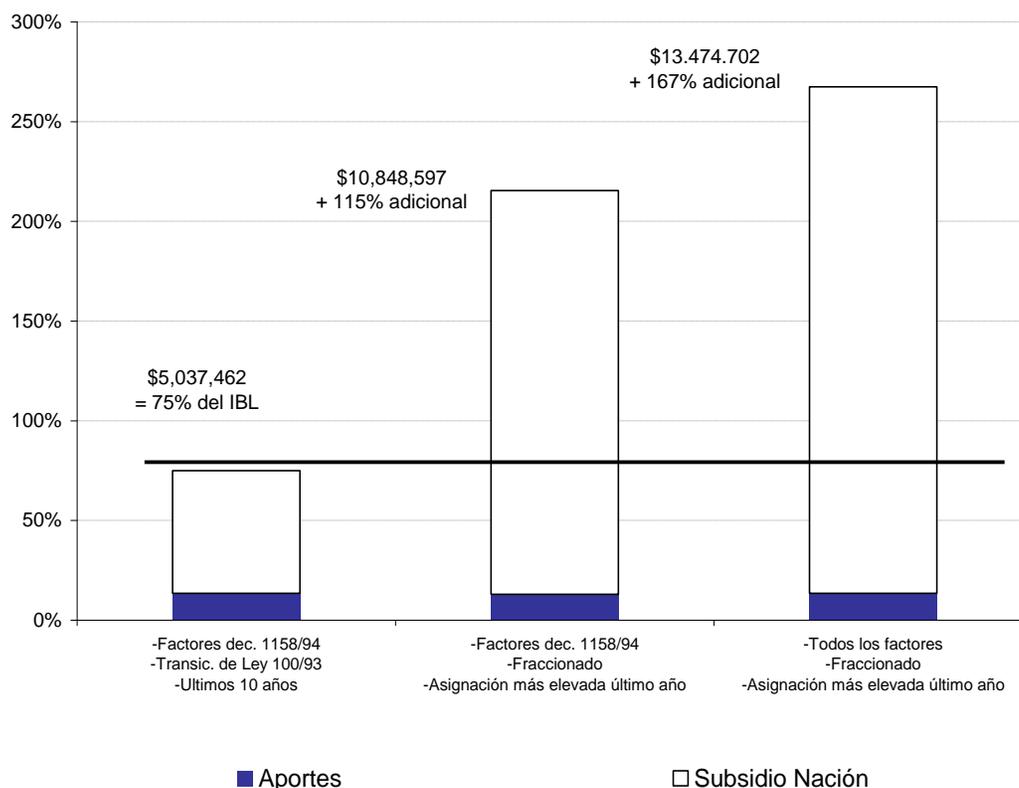


Fuente: MHCP- Dirección General Regulación Económica de la Seguridad Social

Tal como puede verse en la primera columna a la izquierda del cuadro se presenta el valor de \$2.647.129 pesos que resulta cuando la pensión es liquidada en las condiciones de la concepción original del Régimen de Transición de Ley 100 de 1993, es decir un 75% del Ingreso Base de Liquidación – IBL promedio de lo cotizado durante los últimos diez años, aplicando los factores salariales del decreto 1158 de 1994. Cuando se aplique el tiempo de 6 meses que correspondería al régimen de transición especial de la Contraloría de acuerdo con una de las líneas jurisprudenciales del Consejo de Estado, el valor de la pensión se incrementa en un 45%, es decir a \$3.849.145 pesos. Si además se aplican todos los factores devengados el monto de la mesada llega a \$9.561.382 pesos, es decir 261% por encima de la pensión reconocida originalmente. Pero si además los factores salariales se aplican sin fraccionarlos y se aplica en su integridad todo lo percibido en ese mismo período, el monto de la pensión alcanza los \$12.802.198 pesos, es decir 384% adicional lo cual equivale a casi cuatro veces la pensión inicialmente reconocida.

En la siguiente gráfica puede verse un ejemplo del efecto de reliquidación en el caso de una pensión de la Rama Judicial,

Efectos Jurisprudencia - Rama Judicial  
**Monto de la Pensión como % del Ingreso Base de Liquidación**  
 Parte subsidiada por la Nación y parte financiada con aportes

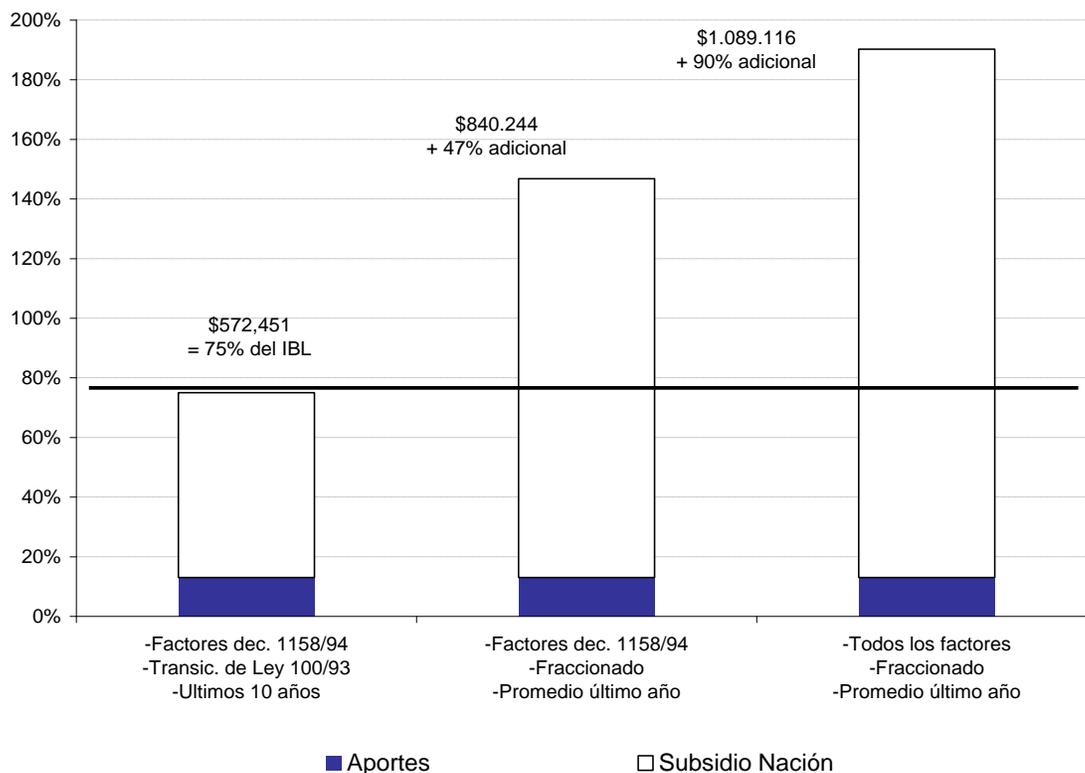


Fuente: MHCP- Dirección General Regulación Económica de la Seguridad Social

En este caso la pensión que fue inicialmente liquidada con arreglo a la concepción original del Régimen de Transición de la Ley 100 de 1993, fue reliquidada aplicando la asignación más elevada del último año en lugar del promedio de lo cotizado en los últimos diez años. Como consecuencia el monto de la pensión aumenta de \$5.037.462 pesos a \$10.848.597, es decir se incrementa en un 115%. Si además de lo anterior, la pensión es reliquidada aplicando todos los factores devengados en lugar de los correspondientes al Decreto 1158 de 1994, el valor de la pensión alcanza un monto de \$13.474.702, es decir 167% adicional al valor de la pensión original.

Finalmente se presenta un ejemplo de reliquidación de una pensión de servidor público con el régimen de Ley 33 de 1985. En este caso la pensión se liquida con el promedio del último año en lugar de aplicar los últimos 10 años en concordancia con lo que establece el Régimen de Transición de la Ley 100 de 1993, con lo cual se aumenta la pensión de \$572.451 pesos a \$840.244, es decir un 47% adicional. Si además de lo anterior, se aplican todos los factores devengados en lugar de los correspondientes al decreto 1158 de 1994, el valor de la pensión alcanza un monto de \$1.089.116, es decir un 90% adicional al monto de la liquidación original

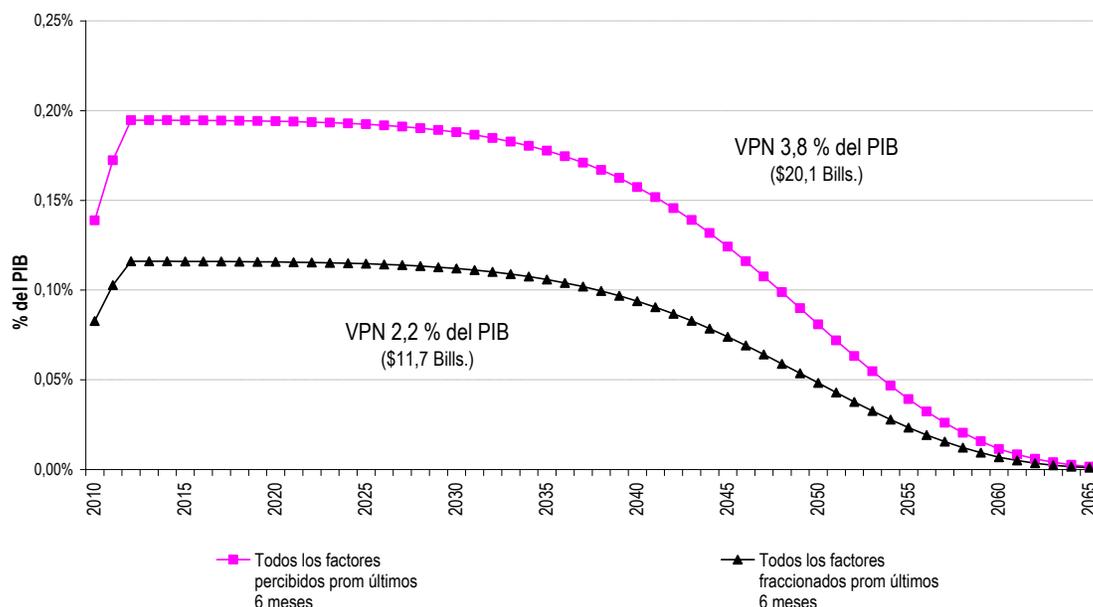
Efectos Jurisprudencia Consejo de Estado - Ley 33/85  
**Monto de la Pensión como % del Ingreso Base de Liquidación**  
 Parte subsidiada por la Nación y parte financiada con aportes



Fuente: MHCP- Dirección General Regulación Económica de la Seguridad Social

Así las cosas, el crecimiento de las pensiones por la aplicación del régimen de transición especial de la Rama Judicial, la Procuraduría, la Contraloría, la Defensoría, la Fiscalía y Medicina Legal tiene un impacto macroeconómico y fiscal significativo, Para ilustrar este punto se han considerado dos escenarios, los cuales difieren en cuanto a si para el cálculo del IBL se aplica la totalidad de los factores percibidos, o si estos se toman fraccionados en proporción al tiempo que el funcionario ocupó el cargo con base en el cual le liquidaron la pensión. Así las cosas, el impacto medido en valor presente varía entre 2,2% del PIB y 3,8% del PIB, lo cual equivale a montos que oscilan entre \$11,7 billones y \$20,1 billones a precios de 2010, tal como se puede ver a continuación.

**ISS - CAJANAL**  
**Costo Fiscal Adicional por Jurisprudencia Consejo de Estado**  
**% del PIB**  
**Pensiones de Contraloría, Defensoría, Fiscalía, Medicina Legal, Procuraduría y Rama Judicial**



Fuente: MHCP- Dirección General Regulación Económica de la Seguridad Social

En el caso de extenderse esta situación al régimen pensional de la Ley 33 de 1985, se tendría un impacto que varía entre 5,9% del PIB y 7,0% del PIB, es decir entre \$31.3 billones y \$37.1 billones a precios de 2010, adicionales a los montos ya señalados.

## VI. Conclusiones

Desde su concepción inicial, en el proyecto del Gobierno y en los debates sostenidos en el Congreso de la República, se consideró como uno de los principales objetivos del Sistema General de Pensiones, la unificación de los regímenes pensionales, pues era no solo importante acabar con la enorme dispersión de reglas aplicables a los servidores públicos sino también incorporar gradualmente al resto de la población en este esquema de protección de la vejez, en desarrollo del principio constitucional de universalidad.

En cumplimiento de este propósito, el legislador estableció dos regímenes generales que serían de libre elección de los trabajadores públicos y privados y mantuvo un régimen mixto o de transición para las personas que no habían consolidado sus derechos pero estaban vinculadas a los regímenes públicos o al ISS y reunían algunos requisitos de edad (35 años mujeres, 40 años hombres) o tiempo de servicio (15 años). El régimen de transición permite que estas personas se pensionen con la edad, tiempo y monto (tasa de remplazo) del régimen anterior, y con las demás condiciones del nuevo régimen. La historia del debate legislativo registra que a pesar de la amplia oposición de muchos legisladores y sectores de servidores

públicos, incluida la rama judicial, la ley finalmente aprobada contenía claramente el objetivo de que el nuevo Sistema fuese universal y que los antiguos regímenes se fuesen marchitando gradualmente.

Este objetivo se ha venido difiriendo progresivamente, prácticamente desde los inicios del nuevo Sistema, en razón de las decisiones judiciales. Las sentencias de tutela y las sentencias de la jurisdicción contenciosa han venido otorgando a las normas básicas del régimen de transición un alcance que está lejos de la visión original de la Ley 100. En un principio, estas decisiones modificaron el alcance del régimen de transición en aspectos tales como el ingreso base de liquidación de la pensión, los factores salariales que se tienen en cuenta para este efecto y el tope de la pensión, para servidores públicos que se consideran beneficiarios de regímenes especiales. En su tesis más extrema y reciente, se ha llegado a considerar que algunas de estas características excepcionales cobijan también al resto de los servidores públicos.

Las decisiones judiciales en esta materia plantean serios interrogantes sobre el futuro del Sistema General de Pensiones, tanto en la perspectiva institucional como en el de su viabilidad financiera.

Desde el punto de vista institucional, es altamente preocupante que las modificaciones al Sistema por vía de interpretación judicial hayan beneficiado principalmente a la rama judicial y a los organismos de control. Esto afecta el balance constitucional de los poderes públicos en contra de la rama ejecutiva, que es quien tiene a su cargo el reconocimiento de las prestaciones y la función de velar por la estabilidad fiscal, y quien debe sobrellevar las consecuencias de defender las posiciones más protectoras del patrimonio público. Al mismo tiempo, se pone en evidencia la debilidad de las instituciones democráticas, pues no existen mecanismos que garanticen la neutralidad de las autoridades judiciales y de control cuando persiguen beneficios de sus propios servidores. Estas posiciones generan también conductas oportunistas y de discutible legalidad, pues incentivan la búsqueda de los mayores beneficios posibles en contra de la estabilidad del Sistema y de las finanzas públicas, tales como la rotación de los cargos de mayores ingresos entre los funcionarios próximos a pensionarse.

Desde la perspectiva de la viabilidad financiera del Sistema, estas decisiones han creado una situación altamente gravosa e inflexible para las finanzas públicas, pues es bien sabido que las prestaciones judicialmente reconocidas se tornan en derechos adquiridos y por tanto inmodificables. Estas decisiones han creado unos sobrecostos fiscales no previstos que pesarán sobre las generaciones futuras en un monto actuarial estimado de entre \$11,7 y \$20,1 billones a pesos de 2010, para los casos de la Rama Judicial, Ministerio Público, y Contraloría General de la República. En caso de que lleguen a extenderse tales decisiones al resto de los servidores públicos nacionales, el impacto adicional estimado sería de entre \$31.3 y \$37.1 billones a pesos de 2010, y si en virtud del “derecho a la igualdad” y del “principio de favorabilidad” esto se extiende al régimen de transición que administraba el ISS para los trabajadores del sector privado, el impacto adicional estaría entre el 15% y el 20% del PIB.

**Boletines publicados**

- No. 1 Estrategia Económica y Fiscal 2010-2014.
- No. 2 Por qué es necesaria la creación de un Sistema General de Regalías.
- No. 3 La Sostenibilidad Fiscal, un principio para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho.
- No. 4 Regla fiscal para Colombia.
- No. 5 Crecimiento de la productividad y costos derivados de la regulación: El efecto de aranceles y precios de la energía sobre los establecimientos manufactureros colombianos.
- No. 6 El Régimen de Seguridad Social en Salud: problemas financieros, medidas adoptadas y retos para el futuro próximo.



Ministerio de Hacienda y Crédito Público  
[www.minhacienda.gov.co](http://www.minhacienda.gov.co)

Este documento puede ser consultado en  
<http://www.minhacienda.gov.co/MinHacienda/haciendapublica/CentroEstudios/publicaciones/notas>