

MARÍA ALEJANDRA JAIMES SANGUINO

**EL PRECEDENTE DE DESCONGESTIÓN DE LA LEY 1437 DE 2011 COMO FUENTE
DE REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS PENSIONALES EN LA APLICACIÓN DE
LA LEY 100 DE 1993 EN EL SECTOR PÚBLICO**

Tesis para optar por el título de Abogada

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA
Bucaramanga, Colombia
2020**

Rector:

Dr. Juan Camilo Montoya Bozzi

Vicerrectora Académica:

Dra. Eulalia García Beltrán

Vicerrector Administrativo:

Dr. Javier Ricardo Vásquez Herrera

**Decana
Facultad de Ciencias
Jurídicas y Políticas:**

Dra. Lilia Aideé Velasco Abril

**Director
Centro de Investigaciones
Socio-Jurídicas:**

Dr. Mario Guevara Mendoza

Director de Tesis:

Dr. Carlos Arturo Duarte Martínez

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
Abreviaturas.....	5
Cuadros.....	6
Introducción.....	7
Capítulo I	
El precedente en lo contencioso administrativo: evolución y consolidación.....	10
1.1. Del clasicismo jurídico a los precedentes constitucional y ordinario.....	10
1.2. Tres herramientas para asegurar el respeto del precedente	13
a) Las nociones de precedente horizontal y vertical.....	13
b) La amenaza del prevaricato.....	15
c) La procedencia de la tutela contra la providencia que desconozca el precedente.....	16
1.3. El precedente en lo Contencioso Administrativo.....	17
a) Sentencias de unificación.....	21
b) Recurso extraordinario de revisión.....	22
c) Revisión eventual de las acciones populares y de grupo.....	23
d) Recurso extraordinario de unificación de la jurisprudencia.....	24
e) Recurso de extensión de la jurisprudencia.....	24
Capítulo II	
Constitución de 1991 y sostenibilidad fiscal.....	27
2.1. Expedición y estudio de constitucionalidad del Acto Legislativo 03 de 2011.....	27
2.2. El incidente de impacto fiscal en el sistema constitucional colombiano.....	30
Capítulo III	
La regresividad de los derechos sociales.....	32
3.1. Derechos sociales.....	32
3.2. Los principios de regresividad y no regresividad.....	37
3.3. El costo de los derechos sociales.....	38
3.4. Hipótesis y los requisitos de validez de la regresividad de los derechos sociales.....	39
Capítulo IV	
La batalla constitucional.....	42
4.1. El precedente Constitucional: génesis de la regresividad de los DESC a partir de la SF.....	43
a) SU 1073 de 2012.....	43
b) C-258 de 2013.....	45

c) SU-230 de 2015.....	48
d) T-615 de 2016.....	49
4.2. La rebeldía del Consejo de Estado: el rechazo a la regresividad de la jurisprudencia constitucional.....	50
a) SU del 12 de septiembre del 2014.....	51
b) SU del 24 de septiembre del 2015.....	52
c) SU del 25 de febrero del 2016.....	53
4.3. La claudicación del Consejo de Estado: la acogida de la regresividad.....	54
a) SU del 28 de agosto del 2018.....	54
b) SU del 25 de abril del 2019.....	56
c) SU del 11 de junio del 2020.....	57
CONCLUSIONES.....	60
BIBLIOGRAFÍA.....	63

ABREVIATURAS

CPACA: Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo

DESC: Derechos Económicos, Sociales y Culturales

DIDH: Derecho Internacional de los Derechos Humanos

DUDH: Declaración universal de Derechos Humanos

IBL: Ingreso base de liquidación

IIF: Incidente de Impacto Fiscal

IPMP: Indexación de la primera mesada pensional

PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

SF: Sostenibilidad Fiscal

CUADROS

	Pág.
Cuadro 1. Esquema del derecho a la indexación de la primera mesada pensional.....	43
Cuadro 2. Esquema del derecho a la indexación de la primera mesada pensional para los pensionados bajo la Constitución de 1886 según la SU 1073 de 2012.....	44
Cuadro 3. Esquema de los factores pensionales de la Ley 4 de 1992 antes y después de la expedición de la sentencia C-258 de 2013.....	46-47
Cuadro 4. La pensión de jubilación de la Ley 33 de 1985, con el monto o tasa de reemplazo e IBL juntos, sustentados con el principio de inescindibilidad.....	48
Cuadro 5. La pensión de jubilación de la Ley 33 de 1985 con el IBL regulado en la Ley 100 de 1993 para la pensión de vejez.....	49
Cuadro 6. La pensión de jubilación del artículo 6 del Decreto 546 de 1971.....	51
Cuadro 7. La pensión de jubilación de la Ley 33 de 1985 para los docentes oficiales según la SU abril del 2019.....	57
Cuadro 8. La pensión de jubilación del artículo 6 del Decreto 546 de 1971, con base en lo decidido en la SU del 11 de Junio de 2020.....	58

INTRODUCCIÓN

En las siguientes páginas se ofrece al lector la respuesta al problema de investigación sobre el cual gira esta tesis: ¿A través del precedente de descongestión la jurisprudencia del Consejo de Estado ha promovido la regresividad de derechos pensionales en la aplicación de la Ley 100 de 1993 para el sector público?

El interés en los precedentes del Consejo de Estado se debe a que la Ley 1437 de 2011 regula su aplicación como precedentes verticales de descongestión: con un doble propósito¹: (i) reducir significativamente los casos presentados ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo pues las autoridades administrativas están obligadas a aplicar los criterios unificados por el Consejo de Estado o (ii) simplificar el debate judicial en atención a que el juez y las partes no discuten el contenido del derecho que se alega por la parte demandante, sino si su caso se encuentra o no cubierto por las subreglas de unificación establecidas por el Consejo de Estado. Por ello es que la doctrina resalta que el precedente contencioso administrativo de la Ley 1437 de 2011 fue diseñado como un mecanismo para materializar el derecho de igualdad ante la ley e igualdad de trato de las autoridades judiciales².

Por su parte, el interés en la regresividad de los derechos pensionales del sector público se justifica en la “noción” de SF, incorporada al sistema constitucional mediante el Acto Legislativo 03 de 2011, y que ha permeado la jurisprudencia constitucional sin que se haya tramitado algún IIF, pues la Corte ha utilizado argumentos de dicha naturaleza para definir el contenido de los derechos pensionales en el sector público, y con ello ha posibilitado su regresividad. Sólo por dar un ejemplo, en la Sentencia C-258 de 2013³ la Corte Constitucional en referencia a los beneficiarios del régimen pensional de congresistas y magistrados de las altas Cortes estableció que el IBL no era un elemento pensional reconocido por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, por lo que las pensiones se debían liquidar con los últimos 10 años de servicios. Dicha interpretación fue ampliada respecto a los beneficiarios de la Ley 33 de 1985, régimen pensional general del sector público antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en la Sentencia SU 230 de 2015⁴.

¹ LOPEZ MEDINA, DIEGO. Los eslabones del Derecho. Colombia: Legis Editores, 2016. Pág 106.

² DEIK ACOSTA-MADIEDO, Carolina. El precedente contencioso administrativo. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018.

³ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-258 de 2013. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB. Exp. D-9173 y D-9183

⁴ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia SU 230 de 2015. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB. Exp. T-3.558.256

Lo anterior, se opone a tesis desarrolladas por el Consejo de Estado antes del Acto Legislativo 03 de 2011, cuya Sección Segunda es Juez de asuntos pensionales: a partir del principio de inescindibilidad sostuvo que el régimen de transición reconocido por la Ley 100 de 1993 cobijaba todos los elementos de la pensión, incluyendo desde luego el IBL, que mayoritariamente en los regímenes pensionales anteriores equivalía al último año de servicios. Además, a partir de la Sentencia de Unificación del 04 de agosto de 2010⁵, con apoyo en el principio de no taxatividad de los factores pensionales, sostuvo que en el IBL debían incluirse todos los factores que el empleado hubiere recibido como contraprestación directa y habitual de su servicio, sin importar si la entidad nominadora hubiera hecho o no aportes al sistema pensional sobre todos ellos.

Esto muestra un complejo escenario para la Sección Segunda del Consejo de Estado en atención a que tiene el deber de aplicar los precedentes de la Corte Constitucional y así mismo garantizar la estabilidad y la seguridad jurídica de los precedentes dentro de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, que en el ámbito de los derechos pensionales de los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 implicaría una renuncia a sus criterios favorables a esos derechos, para adoptar los de la Corte Constitucional que implican una regresión de los mismos.

En este escrito se demuestra que en un inicio la Sección Segunda del Consejo de Estado se opuso a la aplicación de la SU 230 de 2015 en los asuntos a cargo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y para ello utilizó la figura del precedente de descongestión: en especial mediante la SU del 25 de febrero de 2016⁶ mantuvo sus criterios sustentados en los principios de inescindibilidad de los regímenes pensionales y no taxatividad de los factores salariales, exponiendo, entre otros argumentos, que ello suponía una transgresión al principio de no regresividad de los derechos sociales. Sin embargo, desde el 2018 el Consejo de Estado ha utilizado el precedente de descongestión para aplicar la jurisprudencia de la Corte Constitucional en los regímenes pensionales del sector público reconocidos como de transición por la Ley 100 de 1993: mediante las Sentencias de Unificación del 28 de agosto de 2018, del 25 de abril de 2019 y del 11 de junio de 2020, ha sido claro que los beneficiarios de la Ley 33 de 1985, incluyendo a los docentes oficiales vinculados antes de la Ley 812 de 2003 y los beneficios del régimen especial de la rama judicial y del ministerio público.

⁵ Colombia, Consejo de Estado. Sentencia 2006-07509 de agosto 4 de 2010. Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

⁶ Colombia, Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia 2013-01541/4683-2013 de febrero 25 de 2016. Consejero ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

Para demostrar lo anterior, este documento se divide en cuatro partes: (i) en el primer capítulo, se hablará sobre el surgimiento, evolución y consolidación de la idea del precedente judicial en el sistema de fuentes de Derecho, con especial énfasis en el precedente ordinario en lo contencioso administrativo; (ii) el capítulo segundo, versará sobre la SF, introducido con el Acto Legislativo 03 de 2011, su exequibilidad declarada por la Corte Constitucional y el desarrollo del IIF mediante la Ley 1695 de 2013; (iii) en el tercer capítulo se aborda lo relacionado con los DESC, su estructura, la aplicación de los principios de progresividad y no regresividad, y se mencionarán las hipótesis y los requisitos de validez para la regresividad de los derechos sociales; para enseguida (iv) en el capítulo cuarto realizar el análisis de sentencias de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en donde se observará una involución en cuanto al papel protector y progresivo del Estado frente a los derechos pensionales de los en la aplicación de la Ley 100 de 1993 en el sector público. Finalmente, se presentarán las conclusiones.

CAPÍTULO I

EL PRECEDENTE EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: EVOLUCIÓN Y CONSOLIDACIÓN

Apostar por los efectos vinculantes de las sentencias judiciales como precedentes en un sistema jurídico con tradición continental, como lo es Colombia, resulta complejo y retador. En efecto, Colombia tiene una amplia tradición en donde la ley ha sido la fuente formal de Derecho por antonomasia, y la jurisprudencia ha tenido un carácter optativo o disuasivo, estando subordinada su aplicación a los vacíos de la ley. Ese sino formalista ha presentado cambios en razón a la expedición de la Constitución de 1991, y en especial de la labor hermenéutica de la Corte Constitucional quien ha “legislado” sobre los efectos vinculantes de la jurisprudencia, y en consecuencia la ha elevado como una de las fuentes principales del Derecho equiparándola incluso a las leyes, llevando al sistema jurídico colombiano a ser más un imperio de la ley, un imperio del Derecho⁷.

Y para entender los fundamentos y alcances del precedente judicial como fuente de Derecho para la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es necesario hacer un recorrido por la consolidación de los precedentes constitucional –el de la Corte Constitucional– y ordinario –el de las demás altas Cortes–

1.1. Del clasicismo jurídico a los precedentes constitucional y ordinario

La literalidad de la Constitución de 1991 informa que su concepción de las fuentes del Derecho sigue de cerca la tradición de Derecho continental, al referir a la Ley como la principal fuente de Derecho –entendiendo que en esta se acogen fórmulas abstractas universales que abarcan la respuesta a todos los problemas jurídicos que se puedan presentar– relegando a la jurisprudencia a un mero criterio auxiliar de actividad judicial, sin la competencia de hacer que esta creara derecho: así lo prevé el artículo 230 constitucional, en donde se expone que los jueces, en la toma de sus decisiones solo están sometidos al imperio de la Ley⁸, reduciendo el valor normativo de la jurisprudencia, vital para la actividad judicial, como aquella que vislumbra soluciones ante posibles casos no mencionados explícitamente por la ley.

⁷ JAIMES JAIMES, ISNARDO. La jurisprudencia y el precedente en el Derecho Administrativo. 1º Edición. Bogotá: Leyer Editores, 2016. Pág. 103

⁸ Colombia. Constitución Política de Colombia, 1991. Art. 230.

Puede decirse que hubo una continuidad entre la Constitución de 1886 y una inicial lectura de la Constitución de 1991 en materia del valor vinculante de la jurisprudencia. Bajo la primera de ellas, la jurisprudencia estuvo enclaustrada en los márgenes legales delineados en figuras como la “doctrina constitucional”, “doctrina legal” y/o “doctrina probable”, las cuales “entran” al sistema jurídico colombiano a través de Ley 153 de 1887⁹. La doctrina probable aún se encuentra así definida por el artículo 4° de la Ley 169 de 1896¹⁰:

“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 variara la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”. (Subrayado fuera del texto).

La exigencia de decisiones reiteradas busca dar seguridad jurídica, pues debe existir un estándar jurisprudencial consolidado sobre un mismo punto de derecho; sin embargo esa doctrina probable no es precedente ni vertical porque los jueces inferiores apenas “podrán aplicarla” –lo que es optativo–, ni horizontal porque la misma Corte la puede variar si llega a considerarla errónea. La doctrina legal llevó entonces a consolidar una idea clara: el valor jurídico de las sentencias judiciales para los casos futuros es eminentemente optativo.

Desde este punto, la Corte Constitucional a partir de las decisiones producto de sus controles de constitucionalidad (abstracto y concreto) empieza a reconocer que de ellas se derivan criterios de guía o pautas para una interpretación y aplicación más íntegra de la Constitución. En consecuencia, toda *ratio decidendi* presente en una jurisprudencia, que haya servido a la Corte Constitucional para fundamentar las decisiones tomadas que generan cosa juzgada constitucional, generan o se consolidan como precedente constitucional.

La relación entre cosa juzgada y precedente constitucional es clara desde la Sentencia C-131 de 1993¹¹, en donde se manifiesta que la cosa juzgada explícita es aquella que se encuentra en la parte resolutoria de las sentencias y la cosa juzgada implícita, como aquellos argumentos de la parte motiva que explican y justifican la *ratio decidendi*, y, por tanto, no tienen la condición de *obiter dicta*, es decir de ser simples argumentos persuasivos.

⁹ Colombia. Ley 153 de 1887, agosto 24. Que adiciona y reforma los Códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.

¹⁰ Colombia. Ley 169 de 1896, diciembre 31. Diario Oficial No 10.235, de 14 de enero de 1897. Sobre reformas judiciales.

¹¹ Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-131 de 1993. Alejandro Martínez Caballero, Ref: Demanda N° D-182.

En la Sentencia C-104 de 1993¹² la Corte Constitucional reconoce la necesidad de contar criterios unificados en la jurisprudencia constitucional, pues este es el mecanismo para un normal funcionamiento de un sistema jurídico jerárquico¹³ –como el colombiano- ya que de esta manera se logra seguridad jurídica al existir uniformidad al momento de interpretar la Constitución. La Corte señala además la “superioridad” de la jurisprudencia proferida por ella, en relación a las sentencias de los demás órganos jurisdiccionales –que gozan de efectos *inter partes* y por tanto de carácter optativo–, pues hace tránsito a cosa juzgada constitucional y goza de efectos *erga omnes*, volviéndose así vinculante e imperativa para todos los operadores jurídicos. En consecuencia, una vez la Corte ejerce el control de constitucionalidad frente a las leyes, la interpretación que hace de la Constitución de 1991 vincula a los demás jueces al momento de decidir sus casos, pues al desarrollar los límites de aplicación de la Constitución, pasa a ser parte de la misma. De esta manera, es evidente que la Corte Constitucional crea derecho en su jurisprudencia en tanto interpreta la Constitución. Se puede entonces hablar de precedente constitucional en tanto que es obligatorio y no un mero criterio auxiliar.

A partir de este pronunciamiento, la Corte Constitucional siguió reforzando la importancia que debía tener su función interpretativa de la Constitución, como herramienta para llegar a un cumplimiento más eficaz de ciertos principios orientadores del Estado Social de Derecho, como lo es el principio de igualdad.

En este punto de la exposición es apropiado precisar que la Corte Constitucional en un inicio sólo reconoció el carácter de precedente a la jurisprudencia constitucional, pues consideró que la jurisprudencia ordinaria proferida por las demás altas Cortes era eminentemente optativa, siendo así posible que los demás jueces se apartaran de ella en virtud de la autonomía judicial, exigiéndoles únicamente que explicaran las razones de esa decisión. Así lo dice la Corte, en la sentencia T-123 de 1995¹⁴:

“Si bien sólo la doctrina constitucional de la Corte Constitucional tiene el carácter de fuente obligatoria (Corte Constitucional, sentencia C-.083 de 1995, MP Dr. Carlos Gaviria Díaz), es importante considerar que a través de la jurisprudencia - criterio auxiliar de la actividad judicial - de los altos órganos jurisdiccionales, por la vía de la unificación doctrinal, se realiza el principio de igualdad. Luego, sin perjuicio de que esta jurisprudencia conserve su atributo de criterio auxiliar, es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada

¹² Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-104 de 1993. Alejandro Martínez Caballero, REF.: proceso N° D-164

¹³ *Ibid.* Parte motiva.

¹⁴ Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-123 de 1995. Eduardo Cifuentes Muñoz, exp. T-48378

por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (CP art. 13).¹⁵
(Subrayado fuera del texto original)

Sin embargo, es claro que la garantía del principio de igualdad es el piso a partir el cual la Corte Constitucional construiría la idea de precedente ordinario.

1.2. Tres herramientas para asegurar el respeto del precedente

a) Las nociones de precedente horizontal y vertical

En la Sentencia C-836 de 2001¹⁶ la Corte asienta la idea del precedente ordinario de las altas Cortes, defendiendo la fuerza vinculante que de éste emana. En esta sentencia se resuelve la demanda sobre la inconstitucionalidad del artículo 4° de la Ley 169 de 1986, que versa sobre la doctrina probable (ya citado en este capítulo), y es una oportunidad para la Corte de ratificar el valor normativo de la jurisprudencia como una de las fuentes principales del Derecho, vinculante para todos los operadores jurídicos, al reconocer la obligatoriedad del precedente judicial expedido en especial por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

En este pronunciamiento, la Corte Constitucional explica que el precedente judicial obliga tanto a los jueces que son inferiores funcionalmente de los órganos de cierre, llamándosele precedente vertical, como para el mismo órgano que lo profiere, siendo éste el precedente horizontal. El precedente vertical cobra vida al entenderse que si bien, en la toma de decisiones cada juez es autónomo es necesario tener en cuenta “la interpretación que haga la cabeza de la respectiva jurisdicción”¹⁷ toda vez que éste superior funcional es el encargado de “establecer la interpretación que se debe dar al ordenamiento dentro de su respectiva jurisdicción, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución”¹⁸. Y para perpetuar esta búsqueda de seguridad jurídica, los jueces también están supeditados a:

“no sólo el deber de resolver casos similares de la misma manera, sino, además, el de tenerlos en cuenta de manera expresa, es decir, la obligación de motivar sus decisiones con base en su propia doctrina judicial, pues, como quedó sentado en la Sentencia C-252 de 2001, esto constituye una garantía general para el ejercicio de los derechos de las personas y una garantía específica de la confianza legítima en la administración de justicia”¹⁹.

¹⁵ Ibid. Fundamento 4.

¹⁶ Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-836 de 2001. Rodrigo Escobar Gil, exp. D-3374

¹⁷ Ibid. Consideración 11

¹⁸ Ídem.

¹⁹ Ibid. Consideración 15.

Ante esta realidad normativa, todo juez posterior que se quiera apartar de los precedentes ordinarios debe fundamentar el por qué, basado en los supuestos estipulados por la Corte, resumidos en las figuras del *distinguish* y del *overruling*. El primero, cobra vida cuando el juez se aparta del precedente debido a que si bien los casos comparten similitudes, hay diferencias de peso que exigen que el caso actual tenga una solución diferente o cuando está ante una pluralidad de criterios y “no exista claridad en cuanto al precedente aplicable, debido a que la jurisprudencia sobre un determinado aspecto de derecho sea contradictoria o imprecisa”²⁰. Y el *segundo*, es el cambio de precedente, que ocurre cuando el juez considera que éste es inconstitucional o que ha habido un cambio económico, político, social²¹ e incluso normativo²² que hace que el criterio anterior pierda vigencia y necesite ser cambiado.

En la Sentencia C-621 de 2015²³ la Corte Constitucional aborda de nuevo la noción de la doctrina probable, al demandarse el artículo 7° del Código General del Proceso, en cuyo inciso segundo se consagra que “Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos”. Aquí la Corte reitera “la comprensión constitucional y legal de la doctrina del precedente vinculante”²⁴ y jerarquiza al precedente constitucional por sobre el precedente ordinario, por ser el primero más riguroso y vinculante. Esto es plasmado con mayor claridad en la aclaración de voto del Magistrado Luís Ernesto Vargas Silva, en donde se reconoce que constitucionalmente “los efectos unificadores y vinculantes de la jurisprudencia constitucional tienen una mayor intensidad”²⁵, siendo así, que “para poder apartarse de las sentencias de las altas cortes, los jueces deben presentar argumentos ‘suficientes y razonables’, lo que indica que esta jurisprudencia tiene un peso ligero o medio, centro de los confines de la oposición razonable; mientras tanto, el apartamiento frente a la jurisprudencia constitucional solo procedería con argumentos ‘poderos y

²⁰ Ibid. Consideración 19

²¹ Ibid. Consideración 18

²² Ibid. consideración 17

²³ Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-621 de 2015. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, exp. D-10609.

²⁴ LOPEZ MEDINA, DIEGO. Los eslabones del Derecho, *Op. Cit.*, Pág 106.

²⁵ Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-621 de 2015. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, exp. D-10609. Aclaración de Voto, Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva

conclusivos', lo cual indica que en condiciones normales, esas líneas jurisprudenciales deben ser tributarias de un "acatamiento irrestricto"²⁶.

b) La amenaza del prevaricato

La Corte Constitucional ha utilizado el Derecho penal para reforzar el carácter vinculante del precedente judicial: algunos pronunciamientos que lo desconozcan pueden sancionarse penalmente como prevaricato por acción, consagrado en el artículo 413²⁷ del Código Penal. Lo anterior, ante la realidad de que el Derecho no es una ciencia petrificada sino de evolución y aplicación, por lo que los jueces se "mueven entre restricciones y espacios de libertad que su prudencia va demarcando"²⁸.

Esta advertencia es hecha en la Sentencia C-335 de 2008²⁹, ya sea por: (i) desconocer el precedente (*Ignorantia juris non excusat o ignorantia legis neminem excusat*), (ii) omitirlo por considerar que es una simple "sugerencia" y no como fuente de Derecho; o (iii) no sustentar sus decisiones de manera adecuada. En esta sentencia, la Corte menciona los casos en los cuales los jueces pueden incurrir en el delito de prevaricato por acción. En un breve resumen, hay prevaricato cuando no se aplica la jurisprudencia de constitucionalidad abstracta de la Corte Constitucional³⁰, en concordancia con el artículo 243³¹ de la Carta Política. Además, el desconocimiento del precedente ordinario, lleva a caer en este delito, al no solo desconocer "la jurisprudencia sentada por una alta Corte, considerada ésta como una fuente autónoma del derecho, sino porque al apartarse de aquélla se comete, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general"³².

²⁶ LOPEZ, Op. Cit., Pág. 109

²⁷ Colombia. Código Penal, Ley 599 del 2000. Art. 413. Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

²⁸ LOPEZ, Op. Cit., Pág. 84

²⁹ Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-335 de 2008. Humberto Antonio Sierra Porto, exp. D-6943 y D-6946.

³⁰ LOPEZ, Op. Cit., Pág. 86.

³¹ Colombia. Constitución Política. 1991. Art. 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

³² Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-335 de 2008. Humberto Antonio Sierra Porto, exp. D-6943 y D-6946. Acápite 8.3

c) La procedencia de la tutela contra la providencia que desconozca el precedente

Dentro de las herramientas para asegurar el respeto del precedente, es la tutela contra providencia judicial por desconocimiento del precedente, lo que ha desarrollado en sede de revisión constitucional. Y es que lo decidido por la doctrina constitucional fija reglas para solucionar casos análogos, gozando dichas reglas de carácter obligatorio para todas las autoridades judiciales, tal y como lo expresa la sentencia C-037 de 1996³³:

“...cabe puntualizar que las sentencias judiciales a través de las cuales se deciden acciones de tutela, sólo tienen efectos en relación con las partes que intervienen en el proceso (Decreto 2591/91, art. 36). Sin embargo, la doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sentada por la Corte Constitucional, con ocasión de la revisión de los fallos de tutela, trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución³⁴. (Subrayado fuera del texto).

Como ya se ha establecido en este capítulo, los jueces administrativos pueden apartarse del precedente, debiendo: “(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”.³⁵ En el momento en que esta carga argumentativa no es cumplida, la acción de tutela contra providencia judicial es procedente.

“La corte ha definido que tal incoherencia jurisprudencial constituye uno de los graves y excepcionales defectos que permite el control de la cosa juzgada por vía de tutela”³⁶. Así lo establece en las *causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales* mencionadas en la Sentencia C-590 de 2005: a) Defecto orgánico; b) Defecto procedimental absoluto; c) Defecto fáctico; d) Defecto material o sustantivo; f) Error inducido; g) Decisión sin motivación; h) Desconocimiento del precedente y i) Violación directa de la Constitución³⁷. Causal que aplica tanto para la inobservancia del precedente vertical como el horizontal. En estos casos de desconocimiento o apartamiento del precedente, “cuando el juez ordinario no ha ejercido su facultad legítima de apartamiento, el juez constitucional puede fallar directamente el caso conforme a la doctrina constitucional vigente o, alternativamente, ordenarle

³³ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996. Vladimiro Naranjo Mesa. Ref.: P.E.-008

³⁴ *Ibid.* Consideraciones de la Corte.

³⁵ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-816 de 2011. Mauricio González Cuervo, Exp.D-8473. Consideración 5.4.3.4.

³⁶ LOPEZ, Op. Cit., Pág. 78.

³⁷ Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005. Jaime Córdoba Triviño, exp. D-5428 Consideración 25.

al juez que emitió la providencia atacada que emita una nueva providencia tomando en serio la fuerza normativa del precedente vinculante que fue inaplicado. De esta forma se respeta la competencia del juez ordinario que emitió la sentencia y con ello se preserva, de manera, relativa independencia judicial”³⁸.

La Corte Constitucional, presenta ejemplos de este “mecanismo”, en las Sentencias de tutela T-934 de 2009, T-351 de 2011, T-464 de 2011, T-794 de 2011, T-656 de 2011, T-212 de 2012, T-309 de 15³⁹, solo por citar algunos casos, demostrando así que ella es la Corte “final” de decisión judicial en Colombia, pues hasta los mismo fallos de los demás altos órganos de cierre pueden ser revocados si van en contra de su precedente.

1.3. El precedente en lo Contencioso Administrativo

El Consejo de Estado inició labores como tribunal supremo de la jurisdicción contenciosa-administrativa en el año 1914. En un inicio, conocía solamente sobre el control de los actos administrativos y estudiaba la responsabilidad del Estado en lo correspondiente a expropiaciones de guerra. Posteriormente con la Ley 38 de 1918⁴⁰, entró a conocer las reclamaciones contra la Nación por expropiaciones y daños en la propiedad privada producto de ordenes administrativas; y con la Ley 167 de 1941⁴¹ le fue asignada la competencia para conocer sobre los negocios contenciosos en donde una de las partes fuera el Estado o cuando un litigio fuera entre dos o más departamentos. Pero es a partir de 1964, cuando asumió competencia para resolver la totalidad de todos los asuntos relacionados con la administración –como la responsabilidad extracontractual del Estado-, cuando con el Decreto 528 de 1964⁴² adquiere plena competencia para el control de la actividad de la administración. Con este decreto, se reorganizaron las salas de la jurisdicción quedando la Sala de lo Contencioso Administrativo, compuesta por cuatro Salas o Secciones de lo Contencioso Administrativo, que desde entonces funcionan de manera separada (salvo al momento de unificar jurisprudencia) y tienen una especialidad asignada para el conocimiento de los negocios,

³⁸ LOPEZ, Op. Cit., Pág. 80.

³⁹ Todas estas son Sentencias en las que la Corte Constitucional revoca fallos adoptados por operadores judiciales de la jurisdicción administrativa por desconocer el precedente constitucional

⁴⁰ Colombia. Ley ordinaria, Ley 38 de 1918. Noviembre 13. Sobre la manera de hacer efectivo el derecho de indemnización por expropiaciones ejecutadas por autoridades administrativas

⁴¹ Colombia. Ley ordinaria, LEY 167 DE 1941. Diciembre 24. Sobre organización de la jurisdicción Contencioso-administrativa

⁴² Colombia. Decreto 528 de 1964. Marzo 9, Diario Oficial No 31.330, del 1 de abril de 1964. Por el cual se dictan normas sobre organización judicial y competencia, se desarrolla el artículo 217 de la Constitución y se adoptan otras disposiciones.

y una Sala de Consulta y Servicio Civil. En la actualidad se cuenta con cinco secciones, dos de ellas divididas en subsecciones.

Ante esta nueva organización, el Consejo de Estado empezó a elaborar jurisprudencia para fallar sobre los nuevos temas de su competencia con unas características muy particulares: constantemente creaba jurisprudencia:

“La jurisprudencia surgió de la interpretación constante del ordenamiento jurídico y aunque en materia de responsabilidad no había, como hoy, una clausula general [art. 90, Constitución de 1991], el régimen subjetivo y objetivo fueron construidos a partir de normas de derecho público, que regularon el tema por varios años”⁴³.

Pero en este periodo anterior a 1991, la jurisprudencia era meramente indicativa, por lo que los pronunciamientos del mismo Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos presentaron diversidad de criterios en especial en materia de responsabilidad extracontractual del Estado por lo que se evidenció la necesidad de una interpretación constante del ordenamiento jurídico. Ésta situación llevó a crear el recurso de súplica, mediante el artículo 2° de la Ley 11 de 1975⁴⁴ “que operaba contra autos interlocutorios y las sentencias dictadas por una de las secciones en la que se acogiera doctrina contraria a alguna jurisprudencia emitida por la Sala plena, sin que tuviera la previa aprobación de ella”⁴⁵, además “procedía si se sustentaba la violación directa de las normas sustanciales por aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea de las mismas”⁴⁶. Lo que no se esperaba con este recurso, fue la congestión que se generó para la Sala Plena, por la cantidad irrisoria de “recursos interpuestos y la falta de estructura administrativa para atenderlos, lo que determinó su supresión a través del artículo 2° de la Ley 954 de 2005⁴⁷.

⁴³ JAIMES, Op. Cit., Pág. 108

⁴⁴ Colombia. Ley 11 de 1975, enero 13. Por la cual se aclaran y adicionan los artículos 22 y 24 del Decreto-ley 528 de 1964 y el artículo 4° de la Ley 50 de 1967 y se modifica el 25 de la Ley 167 de 1941, sobre funcionamiento del Consejo de Estado. Artículo 2°: “Habrá recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso respecto del auto interlocutorio o de la sentencia dictados por una de las secciones en los que, sin la previa aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a alguna jurisprudencia. En el escrito en el que se proponga el recurso se indicará precisamente la providencia en donde conste la jurisprudencia que se reputa contrariada. El recurso podrá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes al de la notificación del auto o del fallo.

⁴⁵ JAIMES, Op. Cit., Pág. 108

⁴⁶ *Ibid.*, Pág. 109

⁴⁷ Colombia. Ley 954 de 2005, Abril 27. Por medio de la cual se modifican, adicionan y derogan algunos artículos de la Ley 446 de 1998 y del Código Contencioso Administrativo, y se dictan otras disposiciones sobre competencia, descongestión, eficiencia y acceso a la administración de justicia. Derogada por el art. 309, Ley 1437 de 2011, a partir del 2 de julio de 2012.

Así, se evidencia que la congestión judicial fue uno de los subterfugios para la incorporación del precedente en lo contencioso administrativo, inicialmente mediante la Ley 1395 de 2010⁴⁸ y finalmente en la Ley 1437 de 2011 o CPACA.

Dentro de los problemas de la prestación del servicio de administración de justicia está “la congestión del sistema y la mora en la resolución de los procesos”⁴⁹, lo que ha generado que en Colombia se esté ante procesos judiciales que se perciben interminables. Encontrar una solución ha sido interés del legislador: en la Ley 1395 de 2010, por ejemplo, se adoptan medidas para la descongestión judicial, con la cual se buscaba “un tránsito ordenado del sistema a la oralidad como su nuevo principio procesal y organizacional”⁵⁰, pues el sistema de la oralidad prometía una mayor productividad judicial.

Además, también se encontró que debido a la existencia de criterios divergentes de las altas Cortes, los jueces al momento de fallar sus providencias debían decidir sus casos aun con la “existencia de ambigüedades, vacíos y contradicciones normativas”⁵¹. Es por eso, que la Ley 1395 de 2010 conceptualiza a la jurisprudencia como aquella capaz de dar la interpretación normativa que se debía seguir y aplicar, por lo que supeditó a las autoridades administrativas, a “que tuvieran en cuenta las interpretaciones judiciales ya consolidadas”. Como un ejemplo de esto, tenemos su artículo 114, en donde estableció la obligación de las entidades públicas competentes para el reconocimiento de prestaciones periódicas, de tener en cuenta los precedentes jurisprudenciales en materia constitucional y ordinaria que se hubieran realizado sobre cinco o más casos análogos⁵² en ciertos tópicos específicos, citados a continuación:

ARTÍCULO 114. Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos.*(Subrayado fuera del texto original).*

⁴⁸ Colombia. Congreso de la República. Ley 1395 de 2010. Diario Oficial No. 47.768 de 12 de julio de 2010. Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial.

⁴⁹ LOPEZ, Op. Cit, Pág. 115

⁵⁰ *Ibid.*, pág. 116.

⁵¹ *Ídem.*

⁵² *Ibid.* Art 114.

El precepto legal en cita fue demandado bajo el entendido que se estaba delimitando el ámbito de la aplicación del precedente. Al respecto la Corte Constitucional en la Sentencia C-539 de 2011⁵³ encontró que ese listado no era taxativo, pues si bien dicho artículo “delimitaba” las entidades y materias a las cuales se debía aplicar el precedente judicial, esto no implicaba “una exclusión de la obligación general de todas las autoridades administrativas de respetar la Constitución y la ley y por ende el precedente judicial”⁵⁴. Agregó la Corte que:

“los fallos de la Corte Constitucional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional y tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas. Por último, el desconocimiento del precedente judicial de las altas cortes por parte de las autoridades administrativas, especialmente de la jurisprudencia constitucional, implica la afectación de derechos fundamentales y por tanto, una violación directa de la Constitución o de la ley, que puede dar lugar a responsabilidad penal, administrativa o disciplinaria de las autoridades administrativas”⁵⁵.

Y en la sentencia C-634 de 2011⁵⁶, la Corte Constitucional explicita el por qué las autoridades administrativas presentan un rigor más “estricto” al momento de apartarse del precedente judicial:

“ello en el entendido que la definición, con fuerza de autoridad, que hacen las altas cortes del contenido y alcance de los derechos y, en general, de las reglas constitucionales y legales, resulta imperativa para la administración” A este respecto, la sentencia analizada trae a colación pronunciamientos anteriores de la Corte, en los que ha expresado que [...] “La obligatoriedad del precedente es, usualmente, una problemática estrictamente judicial, en razón a la garantía institucional de la autonomía (C.P. art. 228), lo que justifica que existan mecanismos para que el juez pueda apartarse, como se recordó en el fundamento jurídico 4., del precedente. Este principio no se aplica frente a las autoridades administrativas, pues ellas están obligadas a aplicar el derecho vigente (y las reglas judiciales lo son), y únicamente están autorizadas -más que ello, obligadas- a apartarse de las normas, frente a disposiciones clara y abiertamente inconstitucionales (C.P. art. 4). De ahí que, su sometimiento a las líneas doctrinales de la Corte Constitucional sea estricto”⁵⁷. (*Subrayado fuera del texto*).

Posteriormente en la Sentencia C-816 de 2011⁵⁸ se dejó en claro que los jueces administrativos si bien están sujetos a un cumplimiento riguroso del precedente constitucional, se pueden separar del precedente ordinario siempre y cuando se fundamente de manera debida.

⁵³ Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-539 de 2011. Luis Ernesto Vargas Silva. Exp. D-8351.

⁵⁴ Ibid. Consideraciones de la Corte, 7.2.4.

⁵⁵ Ibid. Consideraciones de la Corte, 7.2.5.

⁵⁶ Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-634 de 2011. Luis Ernesto Vargas Silva, exp. D-8413.

⁵⁷ Ibid. Consideraciones de la Corte, 15.

⁵⁸ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-816 de 2011. Mauricio González Cuervo, Exp.D-8473.

En las últimas dos sentencias en cita, se resuelven demandas de constitucionalidad en contra de preceptos de la Ley 1437 de 2011⁵⁹ o Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, en el que se consagran unas figuras legales / herramientas procesales para hacer valer los efectos vinculantes de las sentencias del Consejo de Estado, a saber: el recurso extraordinario de revisión, la revisión eventual de las acciones populares y de grupo, el recurso extraordinario de unificación de la jurisprudencia y el recurso de extensión de la jurisprudencia. Evidenciándose entonces, que la obligación -más bien débil- de seguir el precedente ordinario que planteó la Ley 1395 de 2010, se vuelve más estricta y coge más relevancia jurídica con el CPACA. Y es con éstas herramientas procesales ya mencionadas, que el Consejo de Estado ejerce su competencia constitucional de *unificar la jurisprudencia contenciosa administrativa*, para alcanzar posturas interpretativas únicas a partir de las cuales se solucionen de manera sistemáticas las controversias a cargo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de tal manera que todas las decisiones sean iguales sin importar el juez administrativo que la conozca.

a) Sentencias de unificación

Antes de entrar a hablar sobre los recursos ya mencionados, es menester hablar sobre la sentencia de unificación, siendo este tipo especial de sentencia la que unifica los criterios interpretativos de los textos normativos existentes aplicables a las controversias llevadas por la justicia administrativa. El artículo 270 del CPACA, estipula cuáles son las sentencias que se entenderán como de unificación, delimitándola a tres hipótesis específicas⁶⁰:

- (i) aquellas proferidas en temas que tienen importancia y trascendencia jurídica, económica y/o social;
- (ii) cuando se esté ante la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia;
- (iii) aquellas proferidas cuando se deciden recursos extraordinarios y en ocasión del eventual mecanismo de revisión.

Frente a las dos primeras causales, el artículo 271 prevé diferentes formas de iniciar el trámite de unificación jurisprudencial, a saber⁶¹: de oficio, por decisión del mismo Consejo de Estado; a

⁵⁹ Colombia. LEY 1437 DE 2011, Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁶⁰ Colombia. Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 270.

⁶¹ *Ibid.* Artículo 271.

solicitud de parte; a petición del Ministerio público y por la remisión del asunto por parte de las secciones o subsecciones del Consejo de Estado y de los Tribunales administrativos.

La conceptualización de qué son sentencias de unificación es importante pues son éstas las que ordenan y clarifican el precedente aplicable, personificándose en el punto arquimédico de los recursos que a continuación se tratarán.

b) Recurso extraordinario de revisión

Los artículos 248 al 255 consagrados en el Capítulo I del Título VI del CPACA, regulan el recurso extraordinario de revisión. Éste “procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por las secciones y subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por los Tribunales Administrativos y por los jueces administrativos”⁶², y para el estudio del recurso impetrado, conocerá todos los integrantes de la Sala de lo Contencioso Administrativo, incluso la misma sección que profirió la decisión objeto de revisión⁶³.

Las causales que permiten incoar este recurso se encuentran en el artículo 250 del CPACA:

“ARTÍCULO 250. CAUSALES DE REVISIÓN. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, son causales de revisión:

1. Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.
2. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados.
3. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición.
4. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia.
5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.
6. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar.
7. No tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida.
8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada”.

⁶² *Ibíd.* Artículo 248.

⁶³ *Ibíd.* Artículo 249.

Sin importar la causal por la cual se incoa este recurso, el fallo de éste en su parte resolutive - en caso de que sea a favor del recurrente- reabrirá el proceso y dictará sentencia que en derecho habrá de sustituir la sentencia revocada. Esta decisión, “se caracteriza por ser una sentencia de unificación jurisprudencial, contentiva de un criterio interpretativo general, aplicable a casos futuros semejantes y de obligatorio acatamiento para los jueces y tribunales administrativos integrantes de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”⁶⁴.

c) Revisión eventual de las acciones populares y de grupo

Está prevista en los artículos del 272 al 274 de la Ley 1437 de 2011, y con ella el Consejo de Estado a través de sus secciones puede seleccionar providencias que hayan dado fin a esos asuntos constitucionales. Las anteriores sentencias, son presentadas ante el Consejo de Estado por alguna de las partes para su revisión, sin que por ello signifique su escogencia. Aquí es importante mencionar, que no “será objeto de análisis del máximo Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, todos aquellos aspectos que hayan tenido ocurrencia en el desarrollo del procedimiento adelantado para adoptar la decisión objeto de revisión, sino la decisión en sí misma”⁶⁵. Es apropiado destacar, que dado el caso, en donde el trámite procesal haya sido objeto del pronunciamiento en la providencia, esto puede ser viable de estudio por el Consejo de Estado.

El propósito del mecanismo de revisión lo constituye la unificación de jurisprudencia, por lo que el Consejo de Estado, estipula las ocasiones en las cuales él, en su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, está llamado a ejercer ésta función de unificar⁶⁶:

“...Cuando uno o varios de los temas contenidos en la providencia respectiva hubiere merecido tratamiento diverso por la jurisprudencia del Consejo de Estado, de manera que resulte indispensable fijar una posición unificadora;

Cuando uno o varios de los temas de la providencia, por su complejidad, por su indeterminación, por la ausencia de claridad de las disposiciones normativas en las que se funda o por un vacío en la legislación, sean susceptibles de confusión o involucren disposiciones respecto de las cuales quepan diferentes formas de aplicación o interpretación;

Cuando sobre uno o varios de los temas de la providencia no hubiere una posición consolidada por parte de la jurisprudencia de esta Corporación;

⁶⁴ TELLEZ RONCANCIO, CARLOS ANDRES. Control de constitucionalidad a las interpretaciones normativas del Consejo de Estado. Bogotá, D.C: Editorial UniAcademia Leyer, 2016, Pág. 76.

⁶⁵ TELLEZ RONCANCIO. Op. Cit., Pág. 85.

⁶⁶ Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D. C., 2019 Radicación numero: 20001-23-31-000-2007-00244-01(IJ) AG. Providencia en la que se estableció la procedencia del mecanismo de revisión eventual de la sentencia proferida el 30 de enero de 2009 por el Tribunal Administrativo del Cesar. Consideraciones, numeral 2.4, literal b.

Cuando uno o varios de los temas de la providencia no hubieren sido objeto de desarrollos jurisprudenciales, por parte del Consejo de Estado”.

d) Recurso extraordinario de unificación de la jurisprudencia

En el capítulo II del Título VI de la Ley 1437 de 2011, entre los artículos 256 a 268, se encuentra regulado el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, cuya finalidad principal es la aplicación debida y uniforme de una interpretación del derecho unificada y ya estipulada. Según lo indicó la Corte Constitucional, con este mecanismo lo que se busca es preservar el precedente vertical y lograr “la aplicación uniforme del derecho en las instancias inferiores al Consejo de Estado, lo que resulta acorde con el rol que le otorga la Constitución como órgano de cierre de lo contencioso administrativo, en los términos del artículo 237, numeral I, de la constitución”⁶⁷.

Este mecanismo procesal procede en contra de sentencias proferidas en única o segunda instancia por los tribunales administrativos, cuando estas son contrarias o se oponen a alguna sentencia de unificación del Consejo de Estado⁶⁸, de allí la importancia de que en el escrito del recurso se señale de forma precisa la SU que se cree fue desconocida al momento de dicho fallo. Esta figura jurídica, es el recordatorio del Consejo de Estado como órgano de cierre y Tribunal Supremo de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, siendo éste uno de los objetivos del CPACA: “garantizar la igualdad de trato y fortalecer la función de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado”.⁶⁹

e) Recurso de extensión de la jurisprudencia

Ante el problema de congestión judicial presente en lo Contencioso Administrativo, el mecanismo de extensión de jurisprudencia, se presenta como el medio idóneo de “solución agregada de controversias”. Éste se encuentra legislado en el artículo 102 y 269 del CPACA y procede únicamente para aplicar sentencias de unificación jurisprudencial, ya que de ellas se deriva un alto grado de seguridad y certeza. En cambio, las “restantes decisiones del tribunal supremo de lo contencioso administrativo, diferente de las de unificación, no cuentan con el poder vinculante de las anteriores, y para el Legislador son las sentencias unificadoras las que válidamente se hallan

⁶⁷ Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-179 de 2016. Luis Guillermo Guerrero Pérez, exp. D-10973. Consideraciones de la Corte, 6.7.3.3

⁶⁸ Colombia. Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 258. Causal: “Habrá lugar al recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia cuando la sentencia impugnada contrarie o se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado.”

⁶⁹ DEIK, Op. cit., 2018, pág. 407.

llamadas a dotar a esta jurisdicción y a la administración en general de reglas de interpretación claras, uniformes e identificables”⁷⁰.

Con éste mecanismo, se “les dio a los administrados un derecho de petición especializado en que le pueden solicitar directamente a las entidades administrativas la extensión de la doctrina judicial clara a su caso, forzándolas, cuando menos, a pronunciarse sobre el punto”⁷¹. Es decir, cualquier persona que esté legitimada en la causa, puede pedir se le aplique el mismo criterio de decisión aplicado a un caso que presenta similitud fáctica y jurídica, existente en una sentencia de unificación. En este punto cabe recalcar la importancia de similitud entre problemas jurídicos, ya que si el caso al que se busca extender la jurisprudencia presenta un problema jurídico adicional, esta figura que se busca incoar no procederá, pues “no habrá identidad jurídica y, por tanto, deberá desestimarse la solicitud de extensión, por cuanto el análisis de identidad jurídica incluye, sin duda, la verificación de que no se generen debates jurídicos adicionales a los resueltos en la sentencia unificadora”⁷².

Otro requisito esencial para que éste proceda es que no haya caducado la pretensión. Si al final cumple con todos los requisitos de fondo y forma, el Consejo de Estado ordenará la extensión de la jurisprudencia y el reconocimiento del derecho a que hubiera lugar. Cabe aclarar, que como se ha venido mencionando a lo largo de este capítulo, el Consejo de Estado podrá negar esta figura de extensión, solo bajo una explicación rigurosa del porqué de su decisión, dada la obligación impuesta sobre ella por la Corte de tener en cuenta los precedentes, especialmente el constitucional. Así lo expresa la Corte Constitucional en la C-539 de 2011⁷³ (posteriormente respaldada por la sentencia C-634 de 2011):

“...si existe por tanto una interpretación judicial vinculante, las autoridades administrativas deben aplicar al caso en concreto similar o análogo dicha interpretación; ya que para estas autoridades no es válido el principio de autonomía o independencia, válido para los jueces.”

Con este mecanismo, la Ley 1437 de 2014 propuso una manera práctica de agilizar procesos judiciales: identificar providencias con problemas jurídicos semejantes que pudieran ser aplicadas a futuros litigios. Así, al aplicar este precedente ordinario se logra “evitar litigios; o si no se pueden evitar (por reticencia de la administración pública), [convertirlas] en investigaciones judiciales

⁷⁰ Ibid., pág. 388.

⁷¹ LOPEZ, Op.cit., pág. 117.

⁷² DEIK, Op.cit., pág. 396.

⁷³ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-539 de 2011. Numeral 7.2.2, literal VI.

sumarísimas donde no se discute el fondo del asunto sino donde se determina, más bien, si ese tipo de asuntos ya está bien cubierto por doctrinas judiciales claras y estables”.⁷⁴

En conclusión, con estos mecanismos previstos en la Ley 1437 de 2011 se asegura la aplicación de los precedentes del Consejo de Estado como exigencia de la garantía del derecho de igualdad, del principio de la seguridad jurídica y de la unidad del derecho. Asimismo, con ellos se ayuda a solucionar la congestión judicial presente en la jurisdicción so pena, claro está, de estar expuesto a una obligación rigurosa con la Corte Constitucional de cumplir sus precedentes, incluso por encima del precedente ordinario de la misma jurisdicción administrativa.

⁷⁴ LOPEZ, Op.cit. Pág. 117.

CAPITULO II

CONSTITUCIÓN DE 1991 Y SOSTENIBILIDAD FISCAL

La Constitución Política de 1991 incorpora un programa protector de los derechos fundamentales, por contra al sistema conservador centralista de la Constitución de 1886, en donde el poder estaba ultra concentrado en el ejecutivo. Ese compromiso pudiera estar en riesgo por virtud de reglas de disciplina fiscal, como lo es la SF introducida por el Acto Legislativo 03 de 2011 que reforma el artículo 334 constitucional. En esta disposición constitucional le otorga al Estado—a través de las ramas y órganos del poder público- la dirección general de la economía⁷⁵, y a partir de esta reforma constitucional los ministros de Gobierno y el Procurador General de la Nación pueden interferir en decisiones judiciales que tengan un impacto en las finanzas públicas, por medio del IIF, el que procede una vez ha terminado el proceso judicial y se ha dictado sentencia sobre el fondo de la cuestión.

Desde “la exposición de motivos presentada por el Gobierno se centró en defender la SF como única herramienta para realizar el Estado Social de Derecho, ya que así no se vería comprometido el bienestar de las generaciones venideras”⁷⁶. La aprobación de la SF a través de los debates en el Congreso, “estuvo marcada por las negociaciones entre un bloque mayoritario cercano al Gobierno y al discurso neoliberal, que se fundamentaba en consideraciones económicas nacionales e internacionales, y un grupo minoritario, que priorizaba la defensa de los derechos humanos”⁷⁷.

2.1. Expedición y estudio de constitucionalidad del Acto Legislativo 03 de 2011

Constitucionalmente, la SF se encuentra regulada en los artículos 334, 339 y 346. Los dos últimos hablan sobre la relación existente entre el Plan Nacional de Desarrollo y el presupuesto de rentas y la ley de apropiaciones (respectivamente), los cuales están supeditados a garantizar el cumplimiento de la SF. El artículo 334, modificado por el artículo primero del Acto Legislativo 03

⁷⁵Colombia. Constitución Política de Colombia. 1991. Extracto del Art. 344: “La dirección general de la economía estará a cargo del Estado...”

⁷⁶CASTAÑO PEÑA, JAIRO ANDRES. Las cláusulas de disciplina fiscal en las constituciones del Estado Social de derecho. La sostenibilidad fiscal en Colombia y el principio de estabilidad presupuestaria en España. Primera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020, Pág: 189.

⁷⁷QUIROGA VILLAMARÍN, DANIEL RICARDO. Recontextualizando la globalización. El “espacio intermedio” de la sostenibilidad fiscal. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2016. Pág 562.

de 2011, la define como un instrumento que busca racionalizar la economía para así propugnar por la calidad de vida de los habitantes (en tiempo presente, como a futuro), crear una distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo⁷⁸ y deja claro en el párrafo de éste artículo que “bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar Los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”⁷⁹.

El acto legislativo que da vida a la SF fue declarado exequible por las sentencias C-288 de 2012⁸⁰, C-132 de 2012⁸¹ y la C-1052 de 2012⁸². En la Sentencia C-288 de 2012 la Corte decidió una demanda de inconstitucionalidad incoada por un ciudadano bajo la premisa que al introducirse al sistema constitucional la SF como un principio, le daría un cambio a la Constitución de 1991 de 180 grados, ya que con ésta el fin último del Estado cambiaría, pasando de salvaguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos, al resguardo de las finanzas públicas, con un mayor grado de importancia a éstas últimas en caso de verse afectadas.⁸³ En criterio del demandante, se vulneraban principios claves del Estado Social de Derecho como la primacía de los derechos fundamentales y la independencia del poder judicial⁸⁴, pues con la potestad otorgada al Gobierno Nacional y al Procurador general de la Nación, de promover el IIF, se vería una marcada afectación de la autonomía de las altas cortes a través del ajuste de sus decisiones a la SF.

Frente a lo anterior, la Corte dejó en claro que el mismo Acto Legislativo 03 de 2011, delimitaba a la SF como un principio que busca la racionalización de la actividad de las autoridades judiciales, pero siempre sometida a la consecución de los fines para el cual fue consagrada la Constitución⁸⁵, es decir que esta herramienta fiscal no debía generar ningún conflicto normativo con los derechos fundamentales, pues ésta “es un criterio ordenador, que no se superpone a los demás principios constitucionales y, en especial, aquellos que definen al modelo de Estado, como la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho, los fines esenciales del aparato estatal, la dignidad

⁷⁸ PACHECO QUINTERO, NATALIA JULIANA; JAIMES SANGUINO, MARÍA ALEJANDRA; DUARTE BERNAL, ANNIE STEFANNE. La sostenibilidad fiscal y la regresividad de derechos sociales: Un primer momento de análisis. Revista Temas Socio-Jurídicos UNAB. Vol. 36 N°72 (Enero- Julio de 2017). ISSN: 0120-8578. Pág. 75

⁷⁹ Colombia. Constitución Política de Colombia. 1991. Art. 344, párrafo.

⁸⁰ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-288 de 2012. Luis Ernesto Vargas Silva, exp. D-8690

⁸¹ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-132 de 2012. Humberto Antonio Sierra Porto, expediente D- 8616

⁸² Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-1052 de 2012

⁸³ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-288/12. Luis Ernesto Vargas Silva, exp. D-8690. Motivaciones de la demanda, 3.2

⁸⁴ *Ibid.* Problemas jurídicos y metodología de la decisión.

⁸⁵ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-288/12. Luis Ernesto Vargas Silva, exp. D-8690. Consideración 64.4

humana y la vigencia de los derechos fundamentales”.⁸⁶ Y de igual forma, señaló que a lo largo de su jurisprudencia, tanto el principio de separación de poderes, como la cláusula de Estado social y democrático de derecho son, indudablemente, ejes definitorios de la Constitución y por tanto inmodificables, por lo que la SF, lejos de contradecir la progresividad de los derechos fundamentales o DESC como fin de la cláusula social del Estado de Derecho, debía ser vista como aquella que buscaba ayudar la estabilidad fiscal sin desconocer lo ya mencionado, buscando una armonía entre ambos, por lo que ni uno, ni otro debía darse por sentado.

Estas sentencias referidas, dejan en manifiesto, que la SF no es un principio, sino un mero criterio orientador de las actuaciones del Estado. Así lo sostuvo en la Sentencia C-132 de 2012, en donde la Corte Constitucional dio claridad que la SF no debe ser vista “ni como derecho fundamental ni como principio constitucional⁸⁷, pero que bajo la caracterización de “criterio” sí debe ser tomada en cuenta, pues de la viabilidad económica del Estado es que nace la posibilidad del mismo de extender de manera progresiva el alcance de beneficios para los ciudadanos.

En Colombia, los jueces tienen la facultad de tomar decisiones que tengan un impacto económico, después de todo, la consecución de todo derecho tiene un valor para lograr ser conseguido. “El poder judicial: (i) tiene un papel primordial en la garantía de los derechos constitucionales, por lo que (ii) debe adoptar las medidas necesarias para cumplir con dicha función, inclusive aquellas que generen impacto económico”⁸⁸.

El IIF se puede entender como un mecanismo que busca hacer aplicable el criterio de SF ante las decisiones judiciales que tiene repercusiones en el erario. En un inicio, se buscó declarar la inconstitucionalidad de éste, pues solamente fue en el séptimo debate del acto legislativo 03 de 2011, en el que se presentó esta “figura” ante el Congreso. Debido a ello, la sentencia C-1052 de 2012, fue la que lo declaró exequible, bajo la premisa de que si bien el IIF se presentó hasta el penúltimo debate, éste guardaba relación y cohesión con lo debatido hasta ese momento, pues desde el inicio se habló “la preocupación por el impacto fiscal de las decisiones judiciales y la necesidad de que existiera una colaboración armónica entre todas las ramas del poder público para garantizar la sostenibilidad fiscal”⁸⁹.

⁸⁶Ibíd. Consideraciones de la Corte, 3.

⁸⁷ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-132/12. Conclusiones sobre los antecedentes legislativos, numeral 1°, literal a.

⁸⁸PACHECO, Op. Cit., Pág. 64

⁸⁹ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-1052 de 2012. Conclusión 5.7.3.3

2.2. El incidente de impacto fiscal en el sistema constitucional colombiano

Mediante la Ley 1695 de 2013⁹⁰ se desarrolló legalmente el IIF y desde su primer artículo se prevé que su trámite es obligatorio, una vez sea solicitado por el Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno. “El auto de admisión del incidente suspende los efectos de la sentencia o de los autos proferidos con ocasión de la misma hasta que el órgano judicial decida si modula, modifica o difiere los efectos de la decisión”⁹¹. Es menester destacar que ésta Ley es ordinaria y la Corte, en la Sentencia C-870 de 2014, señaló que a las sentencias de tutela y los autos que se expidan en materia de tutela, no les será procedente el inicio de un IIF, ya que para esto se requiere de una ley estatutaria y como ya se mencionó, se está ante una Ley ordinaria.

Las providencias judiciales contras las que procede entonces el IIF, son todas aquellas proferidas por *las máximas corporaciones judiciales* –Sala Plena de la Corte Constitucional, Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado o la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura– que no versen sobre los derechos fundamentales, y son las Salas Plenas de éstas Cortes las llamadas a conocer y resolver los IIF promovidos. Si éste prospera, los efectos de la sentencia serán ejecutados siguiendo los lineamientos de la decisión del incidente; en caso de que no prospere, la sentencia se ejecutará según lo dispuesto en su fallo, buscando tener en cuenta el plan propuesto durante el incidente sin que ello signifique la obligatoriedad de aplicar éste y “buscando con ello garantizar la primacía de los derechos fundamentales”, expresión altamente criticada pues no es lo mismo “buscar garantizar” a “garantizar”.

A pesar de lo expuesto, cada IIF debe ser visto entonces como un escenario de colaboración y diálogo entre las ramas ejecutiva y judicial. Quien solicite su trámite tiene toda la carga de exponer los motivos económicos por los cuales es necesario entrar a modular, modificar o diferir una decisión tomada por alguna alta Corte, y es él mismo quien se encargará de proponer cómo es posible el cumplimiento de lo ya dispuesto en la sentencia u auto sin que se afecté ni la SF del Estado, ni la consecución de derechos fundamentales ahijados por el fallo de la providencia. Con esto, se evidencia que el IIF busca “reforzar y limitar la toma de decisiones del gobierno en lo concerniente a las políticas económicas del país, considerando que mediante este procedimiento,

⁹⁰ Colombia, Congreso de la Republica. Ley 1695 de 2013, diciembre 17. Por medio de la cual se desarrolla el artículo 334 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

⁹¹ CASTAÑO, Op. Cit., Pág. 215.

constituido en dos etapas, se pueden presentar argumentos necesarios sobre posibles consecuencias del fallo de la sentencia que trascienda en el tema de finanzas públicas”⁹².

El vistazo hasta este momento de la SF y su respectivo IIF, tienen pues una lectura de armonía y colaboración con la consecución de la Cláusula de Estado Social de Derecho, el alcance progresivo de DESC, y la independencia de los jueces de tomar decisiones, viéndose a la SF como una herramienta subordinada al principio de progresividad para perpetuar los pilares del Estado.

Ahora, tanto el acto legislativo 03 de 2011, como la Ley 1695 de 2013, exponen que el criterio de SF está diseñado para ser aplicado a través del IIF, únicamente en una etapa posterior a la sentencia de la alta Corte respectiva. Por lo que aplicar este criterio fiscal por fuera de la aplicación del incidente no sería “el deber ser”.

Sin embargo, hay voces críticas a la sostenibilidad fiscal que el análisis de la Corte Constitucional no alcanza acallar. Así, por ejemplo, Rodolfo Arango señala que con la regulación del IIF se genera una “desigualdad total de armas procesales entre la parte cuyos derechos fundamentales están siendo vulnerados y el todopoderoso Ministro de Hacienda, capaz de someter a las personas individuales a los planes colectivistas del ejecutivo”⁹³, toda vez que las personas favorecidas por la protección de sus derechos en las providencias no podrán oponerse a la admisión del incidente, pero el Ministro de Hacienda si podrá impugnar su inadmisión. Además, advierte que los criterios fiscales son el inicio de una “dictadura fiscal presentada noblemente como intervención ejecutiva prudente en defensa de un sano principio de equilibrio entre lo que se tiene y lo que se puede gastar”⁹⁴.

En conclusión, alrededor de la SF y el IIF se tejen importantes tensiones en el sistema constitucional colombiano, al punto que podría considerarse que la garantía de la cláusula de Estado social de Derecho está en juego. La inicial lectura realizada por la Corte Constitucional visibiliza una continuidad entre los desarrollos constitucionales sobre los DESC con la SF. Sin embargo, es en la resolución de problemas jurídicos concretos en los que se puede establecer si efectivamente la Corte Constitucional es coherente con esa lectura inicial, o si las críticas resultan fundadas, hipótesis altamente lesiva para los principios de progresividad y no regresividad.

⁹²PACHECO, Op. Cit., pág. 75.

⁹³ ARANGO RIVADENEIRA, RODOLFO. Regulación incidente fiscal: adiós al Estado social y a la tutela. [en línea] <http://iusconstifil.blogspot.com/2013/12/regulacion-incidente-fiscal-adios-al.html>. Diciembre 05, 2013.

⁹⁴ ídem.

Capítulo III

LA REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

La existencia del principio de no regresividad de los derechos sociales se deriva y explica a partir de la cláusula de Estado social de derecho, modelo político proclamado en la Constitución. Esto se debe a que este principio es una garantía para los DESC que se derivada del DIDH, muy especialmente del PI-DESC, incorporado al sistema jurídico colombiano mediante la Ley 74 de 1968⁹⁵ (diciembre 26), y en virtud de la cual la consecución de los mismos por parte del Estado debe ser prioritaria y debe tratarlos como “un tipo especial de derechos de la más alta jerarquía que deben garantizarse para todos sin importar el status de ciudadanía que se tenga”⁹⁶.

3.1. Derechos sociales

La noción de derechos sociales ha ido evolucionando con el tiempo. Incluso en un principio, ni siquiera se valoraban como “derechos”, sino que se consideraban como una “mera aspiración”⁹⁷ de las personas y la sociedad. Hoy en día, ya “son entendidos por una amplia corriente doctrinaria como verdaderos derechos humanos y fundamentales a nivel internacional y en diversas constituciones nacionales”⁹⁸, como lo es el caso de la Constitución Colombiana.

El profesor Rodolfo Arango Rivadeneira⁹⁹ define a los derechos sociales como derechos subjetivos de prestación positiva del Estado, entendiéndose con prestación positiva, un hacer por parte del Estado, no un simple dejar ser. Son acciones de reconocer, proteger, respetar, garantizar, etc., por parte del ente estatal. Y entendiéndose que los derechos subjetivos son aquellas “posiciones o relaciones normativas para las cuales es posible dar razones válidas y suficientes,

⁹⁵ Colombia. Congreso de Colombia. Ley 74 de 1968 (DICIEMBRE 26), por la cual se aprueban los “Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación Unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966”.

⁹⁶ CRUZ PARCERO, JUAN ANTONIO. Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (Réplica a Fernando Atria), “Discusiones (Derechos sociales)”, N° 4, 2004. Pág 87.

⁹⁷ ARANGO RIVADENEIRA, RODOLFO. Capítulo 47, Derechos Sociales. En: Fabra Zamora, Jorge Luis. Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, volumen dos. México D.F. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 713. Pág. 1677.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/27.pdf>

⁹⁸ Ibid. pág. 1679

⁹⁹ Profesor Rodolfo Arango Rivadeneira, actual Magistrado de la Alta Corte en la Jurisdicción Especial para la Paz. Doctor en Derecho y desempeñado como profesor de Derecho en varias universidades Colombianas. Escritor de varios libros, así como colaborador en varias obras Nacionales e internacionales.

cuyo no reconocimiento injustificado ocasiona un daño inminente a la persona”¹⁰⁰. Pero esta definición se encuentra incompleta, pues ante los derechos sociales, el Estado también está supeditado a ciertas “obligaciones negativas o de abstención”¹⁰¹ en donde no debe obstaculizar o impedir el acceso a este tipo de derechos.

La dignidad humana confiere titularidad de derechos¹⁰², por lo que –valga la redundancia– las personas intrínsecamente somos titulares de derechos. Ahora, la titularidad de un derecho subjetivo puede ser individual o colectiva, pero en el caso de los derechos sociales, la titularidad es individual, ya que es la persona natural la titular de éstos, toda vez que es la persona humana la que tiene unas necesidades básicas que cubrir, como lo son la salud, la vivienda, la seguridad social, entre otros. Los DESC tienen entonces una faceta universal, pues toda persona puede acceder a ellos, pero esta titularidad está sujeta a un “aspecto individual”, en donde para ser titular, la persona debe consolidar ciertos requisitos para poder acceder a esta clase de derechos, “dicho de otra forma, que su disfrute depende de cierta situación laboral o de cierta situación de carencia”¹⁰³.

Citando un ejemplo, el artículo 22 de la DUDH¹⁰⁴ habla del derecho fundamental de cada individuo a la seguridad social y como la norma reconoce que toda persona, es titular de este derecho fundamental, que ni el Estado puede arrebatarse, y más bien por el contrario, está obligado a respetarlo, promoverlo, garantizarlo y satisfacerlo. En Colombia, el artículo 48 constitucional¹⁰⁵ nos la menciona como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”.

Ahora bien, si en todo derecho, existe un titular, quien es el que goza de éste, en contraparte debe haber un sujeto obligado que se encarga de asegurarlo y ejecutarlo. En el caso de los derechos sociales, el sujeto obligado es el Estado, pues cuando de derechos prestacionales se habla, es él el encargado de velar porque estos derechos se desarrollen y cumplan, es “la agencia colectiva por excelencia para satisfacer las prestaciones positivas fácticas objeto de los derechos sociales”, así

¹⁰⁰ ARANGO, Op. Cit., Pág. 1684.

¹⁰¹ ABRAMOVICH, VÍCTOR; COURTIS, CHRISTIAN. Los derechos sociales como derechos exigibles, Madrid, Trotta, 2004. pág. 29

¹⁰² Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁰³ ALEXY, Op. Cit., pág. 177.

¹⁰⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas. París, 10 de diciembre de 1948. Art. 22 [https://www.un.org/es/universal-](https://www.un.org/es/universal-declaration-human-)

¹⁰⁵ Colombia. Constitución Política de Colombia. Art 48

como también es el sujeto obligado de prestaciones negativas.¹⁰⁶ Contextualizando, en el caso del derecho a la pensión en Colombia, definir al sujeto obligado es un poco más complejo, dada la existencia de varios regímenes públicos (algunos de los cuales se mencionarán en el capítulo cuarto de esta disertación). Ante estos regímenes, hay administradores de fondos públicos de pensiones y administradores de fondos privados. Por nombrar algunos ejemplos, tenemos a Colpensiones o Fomag, los cuales son de naturaleza pública; y se tiene a Protección S.A., Porvenir S.A. o a Colfondos Pensiones y Cesantías; que son de naturaleza privada.

El objeto de los derechos sociales comprende las prestaciones fácticas positivas. Esto quiere decir, la obligación del Estado de realizar actuaciones de promoción, satisfacción y protección de los DESC, creando condiciones idóneas que permitan el pleno desarrollo y ejercicio de estos derechos por parte de los ciudadanos. Frente a aquellos derechos que requieren una acción positiva “no basta con que el Estado se abstenga de interferir en los ámbitos que protegen, especialmente la vida, la libertad y la propiedad. El Estado debe intervenir.”¹⁰⁷ Por lo que el objeto de los DESC, tiene un costo.

El desarrollo de los DESC, al realizarse prestaciones de bienes o servicios, en la ejecución de derechos como la salud y la seguridad social –por citar ejemplos-, hace manifiesto el carácter económico de éstos, toda vez que es necesario disponer de medios económicos para su realización, pues éstos no son gratuitos. “El estado debe utilizar las herramientas económicas para cumplir los mandatos internacionales relacionados con la garantía de los derechos sociales”¹⁰⁸, es por ello que el presupuesto Nacional, debe tener un porcentaje encausado a lo relacionado con el cumplimiento y alcance de los DESC, y gracias a los principios de progresividad y de no regresividad de éstos, los Estados no pueden excusarse en déficits fiscales para promover el retroceso de un estándar de protección ya alcanzado, por lo que algún tipo de cláusula o criterio fiscal, como la SF, no debe ser el argumento para ello.

¹⁰⁶ ARANGO, Op. Cit., Pág. 1688.

¹⁰⁷ ALEXY, ROBERT. Derechos sociales y ponderación. Primera edición. México: Editorial Fontamara, S.A. 2010. pág. 50.

¹⁰⁸ LOPEZ MURCIA, JULIAN DANIEL; BATEMAN SERRANO, ALFREDO; VENGOECHEA BARRIOS, JULIANA MARÍA; LOPEZ PATRON, JUANITA MARÍA. La garantía de los derechos sociales. Primera edición. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibañez, 2009. Pág. 53.

El Comité PIDESC en su Observación General N°9¹⁰⁹ habla sobre la aplicación interna del Pacto y como los Estados Partes tienen el deber de dar efectividad a los derechos Económicos, sociales y culturales reconocidos en éste. Lo anterior, respetando y teniendo en cuenta “las particularidades del sistema legal y administrativo de cada Estado”¹¹⁰, sin que por ello, deje de coexistir la obligación de cada uno de ellos de “utilizar todos los medios de los que disponga para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto”¹¹¹. De aquí, la importancia que las normas del mismo sean reconocidas en el ordenamiento jurídico interno a través de los medios adecuados. Lo anterior, con base además, en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹¹² en donde un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Como ya se mencionó en este capítulo, a través de la Ley 74 de 1968, Colombia aprueba al PIDESC, haciéndolo parte de su cuerpo normativo, con lo que la protección y alcance de los DESC adquiere ya no solo un peso normativo de carácter interno -nacional-, sino también externo -internacional-.

El principio planteado en el artículo 8 de la DUDH¹¹³, habla sobre el derecho de cada persona de contar con “un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”. Por lo anterior, los Estados no pueden justificar el hecho de no ofrecer ningún recurso jurídico interno frente a las violaciones de los DESC, al contrario, es de vital importancia jurídica que propugnen por la utilización de un mecanismo judicial mediante el cual sea efectivo el cumplimiento y la protección de los derechos del Pacto en la legislación nacional.

Si bien dentro de esta tesis no se desarrollará la idea de la protección de los DESC a través de la acción de tutela, se hará una breve mención de ello por cuestión de contexto. En Colombia, se cuenta con el mecanismo de acción de tutela, que se puede incoar cuando un ciudadano considera se le ha vulnerado algún derecho fundamental. Ya se ha dejado claro vía jurisprudencia, que ante la vulneración de algún DESC, este mecanismo también es procedente. Y es que los derechos

¹⁰⁹Ídem. Observación N°9.
https://confdts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN9

¹¹⁰ Ídem

¹¹¹ ídem

¹¹² Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Viena, 23 de mayo de 1969. Art. 27. https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

¹¹³ Asamblea General de las Naciones Unidas. París, 10 de diciembre de 1948. Art. 8 <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/#:~:text=Art%C3%ADculo%208.,constituci%C3%B3n%20o%20por%20la%20ley.>

sociales tienen “vías”¹¹⁴ para tener el amparo de tutela. Primero, es cuando por “conexidad” al violarse un derecho social, se viola un derecho fundamental, por ejemplo “el derecho a la salud, por tener conexidad con el derecho a la vida”¹¹⁵. Segundo, cuando los titulares de los derechos sociales son sujetos de especial protección constitucional como lo son los adultos mayores¹¹⁶; aquí entra el caso de la seguridad social en relación con las personas de tercera edad y pensionados. Una tercer vía, es la “trasmutación, de acuerdo con la cual se presenta una transformación del derecho prestacional en un derecho subjetivo, como consecuencia del desarrollo legislativo o administrativo de las cláusulas constitucionales”¹¹⁷. Como ejemplo, tenemos nuevamente a la seguridad social, en donde “estos derechos subjetivos, que se desprenden de las normas que configuran el sistema de seguridad social, eliminan la indeterminación de los derechos programáticos y materializan situaciones concretas exigibles al Estado”¹¹⁸.

En este punto, no se puede olvidar que las sentencias proferidas por las altas Cortes, según se vio en el primer capítulo de esta tesis, son precedentes judiciales, en los que se crean pautas para la consecución y protección de estos derechos; o llegado el caso concreto, para controvertir las decisiones regresivas que se puedan llegar a adoptar. Ante esto, vemos como los jueces nacionales tienen el deber intrínseco de hacer que ciertos recursos judiciales ordinarios –como lo es de nulidad y restablecimiento del derecho- sirvan para proteger los DESC.

En la Observación General N°9 del Comité PIDESC en cita, también es interesante ver cómo se habla sobre la trascendencia de éste tratado para la interpretación de la legislación interna, pues “en la práctica la incidencia de sus disposiciones en los razonamientos de los tribunales o las sentencias es muy limitada”¹¹⁹ o incluso nula. Este caso es el de Colombia, por lo que es importante no olvidar la obligatoriedad de nuestro país de tener en cuenta el PIDESC, en las decisiones de las ramas del poder público, gracias al Bloque de Constitucionalidad, además de la obligación que se tiene de no ser regresivo en cuanto al alcance de los derechos sociales.

Generalmente, la legislación interna es interpretada en la medida de lo posible de forma que se respeten las obligaciones jurídicas internacionales del Estado. Por eso, cuando se está ante una

¹¹⁴ LOPEZ MURCIA, Op. Cit., pág. 113

¹¹⁵ ídem

¹¹⁶ Ibíd. Pág. 114

¹¹⁷ Ibíd. Pág. 115

¹¹⁸ Ibíd. Pág. 116

¹¹⁹ Observación general de los PIDESC, N°9, #13.
https://confdts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN9.

“decisión interna” que contradiga o entre en conflicto con el PIDESC, se debe preferir el óptimo cumplimiento de la obligación internacional. Lamentablemente, se evidencia que el adoptar medidas que den pie a la regresividad de los derechos sociales es más fácil de lo que se creería, ya que –y este es un caso de tantos- basta un argumento de déficit fiscal para que se esté ante algún retroceso o impedimento por parte de algún Estado para la protección de un derecho social, el cual, como se ha mencionado, a la luz del PIDESC, simples argumentos de disciplina fiscal son insuficientes para que una regresividad sea válida.

3.2. Los principios de regresividad y no regresividad

Para asegurar la garantía de los DESC se cuentan con estándares para su justiciabilidad, como lo son el principio de no regresividad, íntimamente relacionado con el principio de progresividad, que ordena a los Estados a no desmejorar los estándares de protección ya alcanzados frente al desarrollo de algún derecho social.

Como ya se habló en este capítulo, el Estado tiene la obligación de garantizar y promover los DESC, siempre de una manera en que el rango de aplicación sea mayor con el tiempo, eso quiere decir, progresivamente. En la Sentencia C-767¹²⁰ de 2014, se define el principio de progresividad como

“la obligación del Estado de adoptar medidas, especialmente económicas y técnicas, para lograr gradual, sucesiva, paulatina y crecientemente la plena efectividad de los DESC reconocidos por los Estados. Esa progresividad en la satisfacción de los derechos implica para el Estado tanto apropiar el máximo de sus recursos como adoptar las medidas legislativas y de otro tipo para lograr su efectivo disfrute”¹²¹.

Pero ante esta obligación positiva de hacer, también está la obligación negativa de no hacer u “obligación de respetar”:

“Las obligaciones de respetar, están relacionadas con el principio de no regresividad, pues se definen por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho”¹²²,

Es así, como se está ante “la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de

¹²⁰ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-767 de 2014. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB. Exp. D-10145.

¹²¹ *Ibíd.* Consideraciones de la Corte. 3.6.12.

¹²² ABRAMOVICH, *Op. Cit.*, pág. 29.

los que gozaba la población”¹²³. Así llegado el caso –por dar un ejemplo–, un Estado no puede “desmejorar” los regímenes de los pensionados, o aumentar los requisitos ya establecidos para el acceso a la pensión –como derecho social que es–, bajo ninguna pretensión, incluso si es de algún criterio de SF.

En resumen de estos dos principios, “dado que el Estado se obliga a mejorar la situación estos derechos [(DESC) y de una manera progresiva], simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o en su caso, de derogar los derechos ya existentes”¹²⁴. *Agregado entre corchetes*

3.3. El costo de los derechos sociales

La obligación existente en el Estado de garantizar una progresividad en el alcance de derechos para los ciudadanos y garantizar su “estadía” en los límites ya alcanzados, necesita tener en cuenta el erario para su objetivo, pues “la protección de los derechos siempre es, en todo caso, costosa”¹²⁵, por lo que requiere de una planificación e inversión sensata de los recursos económicos estatales, debiendo así procurar por la oportuna ejecución de éstos, para lograr así el mayor grado de protección y alcance de los DESC a tiempo presente, como a futuro. Después de todo, “los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizan justamente por involucrar un espectro amplio de obligaciones estatales”¹²⁶, la cuales son onerosas y al final de cuentas “su satisfacción se condiciona a la capacidad y realidad económica de cada Estado”¹²⁷.

Ahora, si bien se debe tener en cuenta el aspecto económico del Estado, como ya se mencionó en el párrafo anterior, esto no debe ser subterfugio para generar una regresividad en los DESC, pues cada Estado “tiene el deber de seguir progresando o al menos de mantener lo alcanzado, salvo que le sea materialmente imposible”¹²⁸, y en caso de que exista una regresividad, “la carga de la prueba de esa imposibilidad recae en el Estado que realiza o permite regresiones deliberadas en la satisfacción de los derechos sociales; y en ningún caso justifica recortes sobre los contenidos

¹²³ *Ibid.*, pág. 94.

¹²⁴ *Ídem.*

¹²⁵ PISARELLO, GERARDO. *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2014, Pág 17.

¹²⁶ ABRAMOVICH, Op. Cit., Pág. 36

¹²⁷ DUARTE MARTINEZ, CARLOS ARTURO. *La regresividad de derechos pensionales en Sentencias de tutela de la Corte Constitucional Colombiana: un nuevo caso de elusión del control de constitucionalidad*. pág. 6. *Texto inédito*.

¹²⁸ BAZAN, VICTOR; JIMENA QUESADA, LUIS. *Derechos económicos, sociales y culturales*. 1º edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Astrea SRL, 2014. pág. 23.

esenciales de estos derechos”.¹²⁹ Un ejemplo de medida regresiva pero justificada es la tratada en la Sentencia C-038 de 2004¹³⁰, en donde se demandaron algunas normas de la reforma laboral de 2003. Era evidente que esta reforma desmejoraba cualitativamente el régimen objetivo de protección al derecho social al trabajo, pero al ser tomada en un contexto de alto nivel de desempleo, su fin último era cómo generar cerca de 600.000 nuevos empleos. Ante esto, la Corte pasó a examinar los “mínimos exigidos por la legalidad internacional”¹³¹ frente al cumplimiento de los DESC y evidenció que éstos habían sido respetados. Sumado a lo anterior, la Corte evidenció la conformación de una comisión especial –dispuesta por el Congreso- encargada de evaluar el impacto de la medida que se estaba tomando, bajo el compromiso de que llegado el caso de no cumplirse el fin por la cual había sido realizada esta reforma, se presentaría un proyecto de ley para revocarla. Siendo ésta providencia, el ejemplo claro de una medida regresiva pero justificada en un interés permisible y con “parámetros de seguridad” para no presentarse una desmejora indebida.

3.4. Hipótesis y los requisitos de validez de la regresividad de los derechos sociales

La Corte Constitucional en la Sentencia C-313 de 2014¹³² expuso que una medida se entiende como regresiva a un derecho social “al menos en los siguientes eventos: (i) cuando recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho; (ii) cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho; (iii) cuando disminuye o desvía sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho”¹³³. Fijando estas hipótesis de la regresividad de los derechos sociales en una providencia judicial.

Sumado a lo anterior, la doctrina también ha identificado hipótesis en donde el alcance de los derechos sociales es regresivo. Abramovich y Courtis¹³⁴ señalan que éste se presenta cuando: “(i) se aumentan las exigencias para ser titular de los derechos sociales, (ii) se limita, restringe o reduce la protección que brindan y (iii) se deroga o suspenden las disposiciones normativas que los consagran”.¹³⁵ A estas hipótesis, el profesor Bazán y el profesor Jimena “destacan que también

¹²⁹ Ídem

¹³⁰ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2004. Eduardo Montealegre Lynett. Exp. D-4661

¹³¹ UPEGUI MEJÍA, JUAN CARLOS. Doce tesis en torno al concepto de Estado social de Derecho. Primera edición. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2009. pág. 71

¹³² Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-313 de 2014. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO. Exp. PE-040.

¹³³ *Ibíd.* Consideraciones de la corte 5.2.4.3

¹³⁴ ABRAMOVICH, *Op. Cit.*, pp. 96 a 97.

¹³⁵ DUARTE MARTINEZ, *Op. Cit.*, pág. 6.

ocurre (iv) si se reduce la extensión de la titularidad y por (v) la “precarización y empeoramiento” de su contenido”¹³⁶.

Teniendo en cuenta las hipótesis ya mencionadas, es menester recordar que toda medida regresiva de los derechos sociales es considerada inconstitucional y contraria al DIDH, por lo que éstas mismas deben contar con una carga argumentativa de peso. “Así que para afirmar la validez de la regresión a derechos sociales, debe cumplirse una alta carga argumentativa, que pasa por demostrar que: (i) existe un interés permisible, (ii) la regresión es imperiosa y (iii) no existen medidas alternativas menos gravosas que la afectación del derecho social para obtener el objetivo imperioso. De no cumplirse con estas exigencias la medida restrictiva devendría en inconstitucional dentro de un Estado social de Derecho”¹³⁷.

Ante esta situación, los jueces deben ejercer un tipo de control sobre estas medidas regresivas¹³⁸, a fin de verificar la justificación en que ellas se soportan, control que se hace en el marco del control abstracto de constitucionalidad, “en este control, los Tribunales constitucionales “no mandan sino que frenan”¹³⁹.

En estos procesos judiciales, la carga de la prueba para argumentar a favor de la medida regresiva, derivada de la anotada presunción de inconstitucionalidad, le corresponde al Estado; y sobre el demandante recae “probar que la norma jurídica demandada prevé una regresividad de un derecho social, lo que exige acreditar que “el grado de protección ofrecido por la nueva norma constituye un retroceso con respecto al existente con la norma anterior”¹⁴⁰.

En conclusión, los DESC son un tipo de derechos que tienen un costo, ante los cuales los principales titulares son los ciudadanos y el sujeto obligado a garantizar un óptimo acceso y desarrollo de éstos es el Estado. Debido al coste económico que presentan los derechos sociales, el erario y la economía estatal no se pueden dar por sentado, pero no por ello, llegado el caso, una crisis financiera puede ser el argumento bajo el cual, algún tipo de derecho –incluidos los DESC- sea vulnerado. Al final, frente al cumplimiento de los DESC, el Estado y por tanto sus ramas del poder Público, están en la obligación de realizar acciones de reconocimiento, respeto, garantía y satisfacción, siempre con miras de ejecutar el principio de progresividad, buscando

¹³⁶ *Ibíd.* Pág. 7.

¹³⁷ *ídem.*

¹³⁸ ABRAMOVICH, *Op. cit.*, pág. 95

¹³⁹ DUARTE MARTINEZ, *Op. Cit.*, pág. 8.

¹⁴⁰ ABRAMOVICH, *Op. cit.*, Pág. 102

que la aplicación de los derechos sociales sea con cada “paso” más extensiva a los sectores de la sociedad; y que llegado el caso de existir una decisión que genere una regresividad en algún tipo de derecho social, ésta cuente con una sustentación de peso y cumpla los requisitos de validez bajo los cuales una regresividad de los derechos sociales es permisible. En el capítulo siguiente, se analizarán una serie de providencias -proferidas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado- en donde se han tomado decisiones frente a derechos sociales basándose en criterios fiscales, y se pasará a analizar si dichas decisiones son regresivas o garantistas, y sí, de ser regresivas, están basadas en criterios válidos para permitir esta regresividad.

CAPÍTULO IV LA BATALLA CONSTITUCIONAL

Históricamente la Corte Constitucional había sido una “guardiana” de los DESC, pues en sus decisiones abogaba por un cumplimiento y promovía la progresividad de los derechos sociales como una de las manifestaciones más inmediatas del Estado Social de Derecho¹⁴¹. En el 2009, tres años antes de la expedición del Acto Legislativo 03 de 2011, Juan Carlos Upegui, profesor de la Universidad Externado de Colombia, expone que “el desarrollo concreto [...] del principio de progresividad en el discurso de la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha llevado a que tal institución se haya convertido de facto en una de las salvaguardas más importantes de los contenidos materiales del Estado Social de derecho”¹⁴², y es que así se evidenciaba en un inicio. Ejemplo de ello, es la Sentencia T-595 de 2002¹⁴³, en donde con el siguiente argumento, no solo expresa la importancia de la progresividad por parte del Estado, sino que reprocha el no desarrollarla:

“si la exigibilidad de la prestación protegida por la dimensión positiva del derecho fundamental depende del paso del tiempo, no es aceptable que en el año 2002, por ejemplo, una entidad del Estado dé la misma respuesta que daba en 1992 cuando se le exigía el cumplimiento de un derecho de éste tipo, que es su obligación hacer cumplir. A medida que pasan los años, si las autoridades encargadas no han tomado medidas efectivas que aseguren avances en la realización de las prestaciones protegidas por los derechos constitucionales, gradualmente van incurriendo en un incumplimiento cuya gravedad aumenta con el paso del tiempo”.

Sin embargo, ese criterio se ha dejado atrás. La jurisprudencia de la Corte Constitucional involucronó para promover la regresividad del derecho social a la pensión, mediante sentencias que son precedentes constitucionales que a posteriori entran a influir en las decisiones del Consejo de Estado. Se mirará si esas regresiones cumplen con los requisitos de validez que las respaldan, así como si fue usado algún criterio de SF para permitir ésta regresividad.

Posteriormente, se analizarán 6 sentencias del Consejo de Estado, en donde en un inicio sus decisiones eran garantistas frente a los DESC y se encontraban en contraposición de la Corte, pero que después, debido a la figura del precedente judicial y a la “supremacía” del precedente constitucional frente al ordinario, el Consejo de Estado, termina cediendo y acogiendo los argumentos regresivos de la Corte Constitucional. Finalmente, se dará paso a las conclusiones.

¹⁴¹ UPEGUI MEJIA, Op. Cit., pág 69.

¹⁴² *Ibíd.*, pág. 73.

¹⁴³ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-595 de 2002. Manuel José Cepeda.

4.1. El precedente Constitucional: génesis de la regresividad de los DESC a partir de la SF.

a) SU 1073 de 2012

En la Sentencia SU 1073 de 2012, la Corte Constitucional hace revisión de 17 procesos en donde los demandantes son personas beneficiarias de pensiones consolidadas o nacidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, las cuales demandaron por vía ordinaria la indexación de la primera mesada pensional y el pago, en mayor o menor medida, de la parte correspondiente a las mesadas pensionales dejadas de percibir. La importancia de mencionar que las pensiones fueron consolidadas con anterioridad a la Constitución de 1991, es porque se consideró que solo las causadas bajo a su amparo debían ser indexadas para el pago de la primera mesada pensional. Es importante destacar que la Corte Constitucional, por ejemplo, en la Sentencia T-362 de 2010¹⁴⁴ aplicó el derecho a la indexación de la primera mesada pensional a una pensión reconocida en 1989.

Menester también mencionar, que todas los demandantes se retiraron laboralmente antes de cumplir la edad requisito para pensionarse, por lo que al consolidar el derecho a percibir la pensión y exigir el reconocimiento de la pensión, su mesada pensional se cuantificó sin llevar a valorar presente el salario percibido en el período de IBL del respectivo régimen pensional. Esta omisión generó una reducción importante entre lo cotizado durante la vida laboral y lo devengado en la mesada pensional, que en algunos casos llegaba a ser dramática, debido a la natural pérdida del poder adquisitivo del dinero por el paso del tiempo.

El derecho a la indexación de la primera mesada pensional había sido desarrollado por la corte constitucional con la siguiente estructura¹⁴⁵:

Supuesto de Hecho	Consecuencia jurídica
(i) Se es titular del derecho a la pensión (causada en cualquier tiempo) (ii) Desvinculación laboral en un momento anterior a cumplir el requisito de edad	Se debe pagar: (i) El porcentaje no indexado de las mesadas pensionales ya pagadas, (ii) <u>De los tres últimos años contados desde la presentación de la primera reclamación por parte del pensionado,</u> (iii) Las mesadas pensionales futuras con su actualización. La indexación se realiza mesada por mesada, desde el momento en que se pagaron hasta la ejecutoriada de la sentencia.

Cuadro 1. Esquema del derecho a la indexación de la primera mesada pensional

¹⁴⁴ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-362 de 2010. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

¹⁴⁵ El derecho a la indexación de la primera mesada pensional se consolidó en las Sentencias C-862 y C-891^a de 2006

Pero en razón a esta Sentencia SU1073 de 2012, la Corte Constitucional limita uno de los factores a tener en cuenta al momento de aplicar el derecho a la indexación de la primera mesada pensional, lo que genera una reducción considerable en el monto de las mesadas pensionales.

Así, la indexación de la primera mesada pensional para quienes se pensionaron antes de la expedición de la Constitución de 1991 se debe pagar bajo los siguientes criterios:

Supuesto de Hecho	Consecuencia jurídica
(i) Se es titular del derecho a la pensión (ii) Desvinculación en un tiempo anterior al cumplir el requisito de tiempo de servicio (iii) Estatus de pensionado surgido bajo la Constitución de 1886	Se debe pagar: (i) El porcentaje no indexado de las mesadas pensionales ya pagadas, <u>(ii) De los tres últimos años contados desde la ejecutoria de la sentencia que ordena el pago actualizado</u> (iii) Las mesadas pensionales futuras con su actualización. La indexación se realiza mesada por mesada, desde el momento en que se pagaron hasta la ejecutoriada de la sentencia de unificación.

Cuadro 2. Esquema del derecho a la indexación de la primera mesada pensional para los pensionados bajo la Constitución de 1886 según la SU 1073 de 2012

Se observa en esta decisión una regresión respecto al tiempo a tener en cuenta para liquidar y pagar las diferencias pensionales generadas por no haber indexado la primera mesada pensional. La Corte Constitucional fundamenta esta regresión en la necesidad de garantizar la seguridad jurídica para quienes pagan las pensiones, pues resulta desproporcionado el “reclamar a los entes obligados cancelar sumas de dinero surgidas de un derecho que por mucho tiempo fue incierto”¹⁴⁶, así como el deber de la Corte Constitucional de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones –Acto Legislativo 01 de 2005¹⁴⁷– pues no hacerlo desconoce “otro principio constitucional: el de la sostenibilidad fiscal consagrado en el artículo 334 de la Constitución”¹⁴⁸.

Ante este nuevo y regresivo factor de conteo de prescripción laboral, la disciplina fiscal es el objeto protegido en esta sentencia de unificación, reduciéndose el costo de las pensiones a favor del erario y de manera desfavorable hacia los trabajadores, basándose en un criterio de SF y desconociendo principios laborales fundamentales como lo es el de la favorabilidad.

¹⁴⁶ Colombia, Corte constitucional. Sentencia SU1073 de 2012. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB. Consideraciones de la Corte, 3.6.2.

¹⁴⁷ Colombia, Presidencia de la República. Acto Legislativo 01 de 2005, Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política.

¹⁴⁸ *Ibíd.* Consideraciones de la Corte, 4.2

b) C-258 de 2013

En la Sentencia C-258 de 2013 se resuelve una demanda de constitucionalidad contra el artículo 17 de la Ley 4 de 1992¹⁴⁹, que rige el régimen especial de Congresistas y demás servidores públicos, como son los Magistrados de las Altas Cortes. Lo anterior, fundamentando que con ella se vulneraban el artículo 13 constitucional, debido a la discriminación positiva -en comparación con el resto de ciudadanos- a favor de los Congresistas y altas dignidades del país, que no tenía fundamentación. La norma demandada consagraba unas prerrogativas como el incremento pensional en igual porcentaje del salario mínimo, a diferencia de los demás pensionados en donde la pensión se liquidaba con base en el índice de precios al consumidor, lo que los hace beneficiarios de pensiones mucho más “generosas” que las del resto de ciudadanos.

Señalaban los accionantes, que el artículo 48 de la Constitución también era vulnerado, ya que la aplicación del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, quebrantaba el principio de sostenibilidad financiera que el Estado debe garantizar en el sistema pensional, pues esta ley establecía un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de éstas en un porcentaje que no podía ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año, y por todo concepto, había percibido el Congresista; además, la liquidación de dichas prestaciones económicas se realizaba teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio, incluyendo todos los rubros que devengaban los Congresistas al momento de su decreto. Así, concluyeron los accionantes, el reconocimiento pensional en los términos de la norma demandada generaba una gran carga económica, pues había mesadas pensionales que superaban los veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Ante lo expuesto, la Corte señala, que el Congreso y los poderes públicos en general –incluidos los jueces- tienen la tarea de adoptar las medidas necesarias para construir un orden político, económico y social justo, recordando que uno de los principios del Estado Social de Derecho es que “(...)el legislador debe respetar los parámetros constitucionales establecidos para una más

¹⁴⁹ Colombia, Congreso de Colombia. Ley 4 de 1992, Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

justa y equitativa redistribución de los recursos económicos y sociales con el objeto de favorecer a los grupos tradicionalmente marginados de los beneficios de la riqueza”¹⁵⁰.

Con ello, la Corte encontró entonces que el artículo demandado resultaba contrario al ordenamiento constitucional ya que desconocía el derecho a la igualdad, y generaba una desproporción manifiesta al reconocer pensiones tan cuantiosas, además de que existía una falta absoluta de correspondencia entre el valor de la pensión recibido y las cotizaciones hechas al sistema, por lo que las pensiones de congresistas y magistrados de altas Cortes resultaba siendo financiada con un subsidio público muy elevado que afectaba directamente el Sistema de pensiones y la estabilidad financiera del Estado. Es por eso, argumenta la Corte, que el principio de SF es relevante en cuanto justifica que el ahorro fiscal al que se llegará con esta reducción en la cuantía de las pensiones, será destinado a ampliar la cobertura del sistema pensional en beneficio de las personas de escasos recursos, como lo ordena el principio de Estado Social de Derecho. Un argumento muy loable y garantista.

Es por ello, que en la sentencia que se analiza, la Corte termina por establecer que aquellos pensionados bajo el régimen del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, al momento de liquidar la respectiva pensión solo (i) podrán tomarse en cuenta aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas, más no todos los devengados; y que (ii) las reglas sobre el IBL aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36 Inciso 3° de la Ley 100 de 1993, es decir, teniéndose en cuenta los últimos 10 años y no el último año. La Corte estipula como tope además, que las mesadas correspondientes a pensiones reconocidas de conformidad con este régimen especial, no podrán superar los veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a partir del 1° de julio de 2013.

Así, los factores para calcular y liquidar las pensiones, a partir de la expedición de la Sentencia C-258 de 2013, respecto a los pensionados que los cobija el régimen especial de los Congresistas y demás servidores públicos, como Magistrados de las Altas Cortes, quedan de la siguiente manera:

ESTANDAR DE PROTECCIÓN ALCANZADO ANTES DE LA C-258/13	ESTANDAR DE PROTECCION REDUCIDO CON LA C-258/13
--	--

¹⁵⁰ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-258 de 2013. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB. Demandas, 3.4.3.3.

<p>Antes de expedir la Sentencia C-258 de 2013, así se liquidaba las pensiones de congresistas y magistrados de altas Cortes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Los factores pensionales eran todos los devengados por el servidor público. 2. El IBL era del último año de servicios <p>Es decir, se mantenían vigentes los criterios de edad, tiempo y <u>monto</u> de la prestación. Entendiéndose que dentro del “monto” se incluía el IBL correspondiente a cada régimen particular.</p>	<p>Desde la Sentencia C-258 de 2013 las pensiones de congresistas y magistrados de altas Cortes se liquidan así:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <u>Los factores pensionales son solo aquellos sobre los cuales el pensionado realiza aportes a Seguridad Social.</u> 2. <u>El IBL es de los últimos 10 años.</u> <p>Lo anterior, se sustenta en la interpretación, según la cual, el IBL no es un elemento reconocido como de transición por la Ley 100 de 1993. Para ello, la Corte disgrega al IBL del elemento “monto pensional”. Y los factores pensionales, son solo aquellos sobre los que el pensionado ha realizado aportes al Sistema de Seguridad social.</p>
---	--

Cuadro 3. Esquema de los factores pensionales de la Ley 4 de 1992 antes y después de la expedición de la sentencia C-258 de 2013.

Hasta este punto, la decisión tomada por la Corte Constitucional si bien es regresiva en cuanto a que desconoce ciertos estándares ya alcanzados respecto a las pensiones regidas por la Ley 4 de 1992, tiene una justificación válida, pues el fin de dicha decisión, es regular unas pensiones que estaban siendo desmedidas y por tanto generando un trato injusto entre pensionados. El problema radica, en que esta sentencia sienta precedente constitucional, y si bien en sus consideraciones la Corte fue clara al limitar el análisis de constitucionalidad, llevado a cabo en esta providencia, a solo el régimen especial de los Congresistas y Magistrados de las Altas Cortes, en un futuro este criterio se extenderá a otros regímenes. Así dijo la Corte:

“En este orden de ideas, el análisis de constitucionalidad que se llevará a cabo en esta providencia se circunscribe al régimen pensional especial previsto en el precepto censurado, el cual es aplicable a los Congresistas y los demás servidores ya señalados. Por tanto, en este fallo no se abordará la constitucionalidad de otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas”¹⁵¹.

Sin embargo, el parámetro hermenéutico de la Sentencia C-258 de 2013 según el cual el IBL no es un elemento reconocido por el régimen de transición, servirá de fundamento para reinterpretar la manera de liquidar pensiones en Colombia, frente a otros regímenes especiales y exceptuados, olvidándose que ese parámetro solo debía aplicarse a los beneficiarios de la Ley 4ª de 1992.

¹⁵¹ Ibíd. Consideraciones de la Corte.

c) SU-230 de 2015

En esta providencia se analiza la aplicación del régimen pensional regulado en la Ley 33 de 1985¹⁵², que fue el régimen pensional general del sector público hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que es uno de los regímenes de transición que en ella se reconoce. La Corte Constitucional analiza el caso de un pensionado que solicita se le liquide su pensión de vejez según los factores pensionales de la Ley 33 de 1985, no existiendo litigio sobre el cumplimiento de los requisitos para pensionarse. Para ese momento la estructura del derecho a percibir la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985 era el siguiente:

Requisitos para pensionarse:	Consecuencia Jurídica:
(i) Servidor Público del nivel nacional o territorial. (ii) 20 años de servicio (iii) 55 años de edad -hombres y mujeres-; Siempre que tuvieran al 1° de abril de 1994: (iv) 15 o más años de servicio, o (v) más de 40 años en hombres y 35 años en mujeres	Obligación de pagar una <u>mesada pensional equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para el cálculo de los aportes en el último año de servicio prestado</u> . IBL: último año.

Cuadro 4. La pensión de jubilación de la Ley 33 de 1985, con el monto o tasa de reemplazo e IBL juntos, sustentados con el principio de inescindibilidad.

Esta estructura normativa, tal y como lo reconoce la misma Corte, había sido aplicada por ella misma en 27 sentencias de tutela anteriores; el cual de igual forma acogido por el Consejo de Estado en el desarrollo de su jurisprudencia.

Este criterio jurisprudencial se fundamenta en el principio de inescindibilidad, según el cual, los elementos pensionales de los diferentes regímenes de transición deben ser aplicados integralmente, sin que fuera admisible el acoger elementos de uno y de otro, como, por ejemplo, lo es la Ley 100 de 1993. Es decir, que la Corte Constitucional pacíficamente había defendido que el monto y el IBL fijados por la Ley 33 de 1985, estaban amparados por el régimen de transición.

Ahora bien, este criterio pacífico fue modificado en la SU 230 de 2015, al ampliar la aplicación del parámetro hermenéutica defendido en la Sentencia C-258 de 2013: el IBL –ahora de la Ley 33 de 1985– no es un elemento sometido a transición, por lo que a los beneficiarios de ese régimen se les aplica el IBL de la Ley 100 de 1993, esto es un período de 10 años.

¹⁵² Colombia, Congreso de Colombia. Ley 33 de 1985, (Enero 29). “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.”

De tal suerte, que se prescinde del principio de inescindibilidad y la pensión de jubilación de todo aquel beneficiario de la Ley 33 de 1985 es afectada, quedando con la siguiente estructura:

ESTANDAR DE PROTECCIÓN ALCANZADO ANTES DE LA SU 230 DE 2015	ESTANDAR DE PROTECCION REDUCIDO DESPUÉS DE LA SU 230 DE 2015
Los pensionados bajo la Ley 33 de 1985, debían cumplir los requisitos ya mencionados en el cuadro 4, y como régimen especial antes de la entrada en vigencia de la ley 100, <u>tenía un IBL del último año y se le tenían en cuenta todos los factores pensionales devengados.</u>	Al serle aplicable a los beneficiarios de la Ley 33 de 1985 el IBL de la Ley 100 de 1993, la pensión se calcula no con los ingresos del <u>último año de servicio, sino con los de los últimos 10 años.</u> <u>Los factores pensionales a incluir en el IBL, sólo son aquellos sobre los cuales el servidor haya realizado aportes al Sistema de Seguridad Social.</u>

Cuadro 5. La pensión de jubilación de la Ley 33 de 1985 con el IBL regulado en la Ley 100 de 1993 para la pensión de vejez.

La Corte Constitucional olvidó que el argumento central de la Sentencia C-258 de 2013 fue que el sistema pensional público subsidiaba de manera excesiva las pensiones de los congresistas y magistrados de altas Cortes, al punto que eran unas pensiones de privilegio. Tal situación no se encontró en relación a las pensiones de la Ley 33 de 1985, esto es que el subsidio dado a las mismas con recursos públicos fuera desproporcionado. Por lo tanto, sin ser casos análogos, el de los pensionados por la Ley 4a de 1992 y por la Ley 33 de 1985, la Corte les dio el mismo trato con el criterio hermenéutico definido en la C-258 de 2013 sobre los elementos del régimen de transición.

Así las cosas, la medida regresiva para los beneficiarios del régimen pensional de la Ley 33 de 1985 es inocultable, pues al ampliar el período del IBL entran períodos en donde el beneficiario pudo no recibir sus mayores ingresos, pues por regla general en el sector público la asignación básica más alta se devenga al final de la vida laboral. Con este cambio de jurisprudencia, la Corte Constitucional hace que el valor de la mesada pensional de esos beneficiarios sea inferior, respecto a si se liquidara con lo cotizado el último año de servicios.

d) T-615 de 2016¹⁵³

En esta providencia una de las Salas de Revisión de la Corte Constitucional intentó restar los efectos regresivos generados a partir de la SU 230 de 2015: sostuvo que el criterio según el cual el

¹⁵³ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-615 de 2016. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. Exp. T-5.661.689

IBL no es un elemento sometido a transición sólo podía aplicarse a quienes causaran la pensión luego de la notificación de la Sentencia C-258 de 2013, lo que dejaba a salvo el derecho a obtener una liquidación de la pensión con aplicación de los principios de inescindibilidad y taxatividad a todos los anteriores. Sin embargo, esa sentencia fue anulada en Auto 229 de 2017¹⁵⁴ por desconocer el precedente y la cosa juzgada constitucional de la Sentencia C-258 de 2013.

En todas las sentencias previamente analizadas se evidencia que las decisiones de la Corte Constitucional que promueven la regresividad de los derechos sociales se fundamentan en la SF, y ello sin tramitar algún IIF. Esto demuestra una transformación de la manera en la que la misma Corte Constitucional había comprendido la SF: los argumentos de disciplina fiscal no se discuten en una etapa procesal posterior a la sentencia como lo es el IIF –tal y como lo expuso en la Sentencia C-288 de 2012–, sino que se inmiscuyen en la misma *ratio decidendi* de las providencias en las que se concreta el ejercicio del control de constitucionalidad.

En conclusión, es claro que la Corte Constitucional garantiza la aplicación del SF no mediante el IIF, sino a través de la figura del precedente constitucional, cuyos efectos vinculan a todas las autoridades judiciales, inclusive otras altas Cortes, y en especial a la Sección Segunda del Consejo de Estado y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Y debido a lo ya expuesto, la Corte al fundamentar sus decisiones en este criterio fiscal, implícitamente hizo un juicio de ponderación entre derechos pensionales, principios como los de taxatividad e inescindibilidad, con la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, y al hacerlo, elevó la SF de “criterio orientador” –tal y como ya la había catalogado en la C-288 de 2012–, a “principio constitucional”.

4.2. La rebeldía del Consejo de Estado: el rechazo a la regresividad de la jurisprudencia constitucional

El Consejo de Estado había consolidado un precedente garantista frente a los DESC –específicamente, el derecho a la pensión–. Esto se evidencia en la Sentencia de Unificación del 04 de agosto de 2010¹⁵⁵. Allí el alto tribunal abordó cómo era la manera correcta de liquidar la pensión de un ciudadano que cumplía los requisitos de la Ley 33 de 1985 –ya expuestos en el cuadro 4 de

¹⁵⁴ Colombia, Corte Constitucional. Referencia: Solicitud de nulidad de la Sentencia T-615 de 2016. JOSÉ ANTONIO CEPEDA AMARÍS. Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

¹⁵⁵ Colombia, Consejo de Estado. Sentencia 2006-07509 de agosto 4 de 2010. Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

este capítulo-. La *Litis* surgió porque en el acto demandado, se liquidó la pensión con los aportes realizados durante los últimos 10 años de servicio, conforme a lo previsto por la Ley 100 de 1993.

Al respecto, el Consejo de Estado sostuvo que la Ley 100 de 1993 creó un régimen de transición, entendido como un beneficio en virtud del cual pese a la entrada de la nueva ley, los requisitos de edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y el monto de la pensión, se deben continuar aplicando a quienes cumplan unos especiales requisitos. Se destaca que aquí el Consejo de Estado comprende el IBL dentro del elemento monto pensional.

No obsta poner de presente que esta Sentencia de Unificación del 04 de agosto de 2010, es anterior a la C-258 de 2013 y la SU 230 de 2015, por lo que hasta este momento, el criterio garantista de esta providencia había generado un precedente ordinario, que el Consejo de Estado reiteró por varios años.

a) SU del 12 de septiembre del 2014¹⁵⁶

En este pronunciamiento el Consejo de Estado se plantea si la mesada pensional reconocida a una ciudadana aplicando el artículo 6° del Decreto 546 de 1971¹⁵⁷, para la liquidación de su pensión debía sujetarse a lo considerado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013, en lo correspondiente al IBL y a los factores pensionales.

En este caso, el artículo 6° del Decreto 546 de 1971 tiene la siguiente estructura:

Supuesto de hecho	Consecuencia jurídica
1) Funcionarios, empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares 2) 55 años de edad, si son hombres y de 50, si son mujeres, y 3) cumplir 30 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales 10 hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Publico	Se debe pagar: (i) una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en (ii) <u>el último año de servicio en las actividades citadas (IBL).</u> (iii) <u>Reconocimiento de todos los factores pensionales devengados.</u>

Cuadro 6. La pensión de jubilación del artículo 6 del Decreto 546 de 1971.

¹⁵⁶ Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación n° 25000-23-42-000-2013-00632-01(1434-14). Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Esta sentencia de unificación es resultado del mecanismo de extensión de la jurisprudencia (artículo 269 del CPACA).

¹⁵⁷ Colombia, Presidencia de la Republica. DECRETO 546 DE 1971, (marzo 27). Por el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares.

El Consejo de Estado encontró que la pensionada al cumplir con todos los requisitos exigidos por el régimen especial para funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, resulta ser beneficiaria del régimen pensional del Decreto 546 de 1971 y no del Decreto 104 de 1994¹⁵⁸ que reglamenta la Ley 4ª de 1992-. Por ende, el Consejo de Estado no aplicó el criterio hermenéutico regresivo de la Sentencia C-258 de 2013 pues, según se vio, este se circunscribía únicamente a quienes su pensión se paga con el régimen especial de la Ley 4ª de 1992. Añadió que las pensiones de todos los beneficiarios del Decreto 546 de 1971 sí resultan vinculadas por los condicionamientos del Acto Legislativo 1 de 2005, según el cual las pensiones causadas luego del 25 de julio de 2005 no podían pagarse en un monto superior a los 25 SMMLV. En todo caso, ello no impedía que en el IBL de la atora se incluyeran todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, que en el caso en concreto fueron salario y las primas de servicios y de navidad.

Con esta decisión se evidencia que el Consejo de Estado crea un precedente judicial ordinario, sustentado en un criterio garantista frente a los DESC.

b) SU del 24 de septiembre del 2015¹⁵⁹

El asunto decidido en esta providencia se contrae a definir si al demandante se le debía reconocer la pensión de jubilación de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley 546 de 1971, toda vez que laboró por más de 29 años en entidades de carácter público y privado, de los cuales 18 años fueron como empleado público. Ante esto, se alegaba, que se debía liquidar su pensión bajo los criterios de la Ley 71 de 1988¹⁶⁰, que consagra la pensión por aportes.

Para ese momento, tanto la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado contaban con jurisprudencia al respecto, pues ya habían tomado decisiones a partir de las cuales era clara la posibilidad de acumular tiempos de servicios públicos y privados, siempre y cuando se cumplieran 10 años laborados para el sector público. El Consejo de Estado recreó que en Sentencia T-430 de

¹⁵⁸ Colombia, Presidencia de la República. DECRETO 104 DE 1994, (enero 13). Por el cual se dictan unas disposiciones en materia salarial y presupuestal de la Rama Judicial, del Ministerio Público, de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones.

¹⁵⁹ Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación, Radicación No. 25000-23-42-000-2012-00752-01 (2245-13). Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero

¹⁶⁰ Colombia, Congreso de Colombia. Ley 71 de 1988, (diciembre 19). Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones.

2011¹⁶¹ la Corte Constitucional señaló que lo estipulado en el Decreto Ley 546 de 1971 respecto a este requisito de años de servicios, no exigía que los 20 años debían ser exclusivamente públicos. De modo, que el Consejo de Estado frente a este punto, decidió que en aplicación del principio de favorabilidad, debía liquidarse la pensión en los términos pedidos en la demanda, es decir, teniendo en cuenta los requisitos pensionales del Régimen Especial del Sector Público y liquidando según los factores establecidos por ésta.

Con claridad en este punto, el Consejo de Estado consideró que se debía aplicar el artículo 6 del Régimen del Decreto Ley 536 de 1971, teniendo en cuenta que el IBL y los factores pensionales si son reconocidos como elementos de transición. Por ello, ordenó que la pensión se liquidara con base en el 75% de la asignación más alta recibida en el último año de servicios.

Así es como el Consejo de Estado, sigue manteniendo hasta este momento, una posición garantista frente al derecho social a la pensión de aquellos ciudadanos cobijados por los regímenes especiales. El estándar de protección alcanzado frente a este derecho pensional respecto a la Ley 536 de 1971 se encuentra graficado en el cuadro 6 de este capítulo.

c) SU del 25 de febrero del 2016¹⁶²

El caso que ocupó al Consejo de Estado fue el de una beneficiaria de la Ley 33 de 1985, a quien se le liquidó su pensión con inclusión de todos los factores salariales devengados en los últimos 10 años de servicios. Aquí con el propósito de unificación la Sección Segunda se planteó como problema jurídico: ¿al momento de aplicar el régimen de transición a un pensionado, su pensión debe ser liquidada teniendo en cuenta todos los elementos pensionales del régimen especial o exceptuado del que es beneficiario? y en especial ¿es el IBL un elemento reconocido dentro del régimen de transición de la Ley 100 de 1993?

Para resolver el problema jurídico, el Consejo de Estado analiza el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, del cual destaca que el monto especial para los beneficiarios del régimen de transición es el establecido en las normas anteriores a su entrada en vigencia. Enseguida destaca que durante más de 20 años ha interpretado que el concepto de “monto” incluye tanto la “tasa de reemplazo” como

¹⁶¹ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-430 de 2011. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁶² Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia 2013-01541/4683-2013 de febrero 25 de 2016. Consejero ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Esta sentencia de unificación es proferida con fundamento en el artículo 271 del CPACA, esto es por su importancia jurídica, económica y social.

el “ingreso base de liquidación”, no pudiendo generarse una fusión de regímenes al escindir el uno del otro. Así, el alto tribunal determina que el IBL de los beneficiarios de la Ley 33 de 1985 es el del último año de servicios.

Frente a la SU 230 de 2015, el Consejo de Estado expone que: (i) la Corte Constitucional no ha rechazado de manera expresa los argumentos en los que se sustenta la tesis según la cual la Ley 33 de 1985 debe aplicarse íntegramente, incluyendo su período de IBL, (ii) si se llegara aplicar en el sector público el criterio contrario, se afectaría “el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional”, (iii) los criterios de desigualdad económica presente en la *ratio decidendi* de la Sentencia C-258 de 2013 “no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes especiales del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas” y (iv) se desconocerían los principios de progresividad y no regresividad si acoge la SU 230 de 2015, pues ellos cobijan tanto a los cambios legales como a las variaciones judiciales.

Así, concluyó que no era posible varias su histórica jurisprudencia. Así, el máximo órgano de cierre de lo contencioso administrativo afirmaba una postura de “rebeldía” frente a las medidas regresivas de derechos pensionales de la Corte Constitucional, al continuar apostando por su criterio garantista frente al tema del IBL y los factores pensionales. Y para ello acudió a la figura del precedente de descongestión.

4.3. La claudicación del Consejo de Estado: la acogida de la regresividad

Luego de consolidar un precedente ordinario caracterizado por una defensa garantista de los derechos sociales, el Consejo de Estado termina claudicando ante la regresividad de los derechos pensionales jalonada por la Corte Constitucional. Esas nuevas tesis son acogidas en sentencias de unificación.

a) SU del 28 de agosto del 2018¹⁶³

¹⁶³ Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia 2012-00143 de agosto 28 de 2018. Consejero Ponente: César Palomino Cortés. Esta sentencia de unificación también es proferida con fundamento en el artículo 271 del CPACA.

Los problemas jurídicos abordados por el Consejo de Estado en esta providencia giran en torno a dos temas que ya eran pacíficos dentro de su jurisprudencia, pero que resultaban extraños a la manera como la Corte Constitucional venía aplicando la sostenibilidad fiscal: (i) cuál es el IBL aplicable a los beneficiarios del régimen pensional de la Ley 33 de 1985, (ii) cuáles son los factores que se deben incluir para la liquidación de la mesada pensional de éstos.

Para resolverlos el Consejo de Estado se desliga de lo expuesto en las Sentencias SU del 04 de agosto de 2010 y SU del 25 de febrero de 2016, al reconocer que debe adecuar su futuro conforme a lo decidido por la Corte Constitucional en la SU 230 de 2015:

“La Corte Constitucional estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura —autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones— y la Corte Constitucional —como guardiana de la Constitución—, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio”¹⁶⁴.

En esta ocasión, el Consejo de Estado se da cuenta que necesitaba realizar este cambio de precedente, a través de la figura del *overruling* -mencionada en el capítulo primero de esta disertación-. Vale la pena recordar, que ésta figura solo es procedente cuando se considera que el precedente actual es inconstitucional, o si bien, ha habido un cambio económico, político, social o normativo que origina que el criterio que hasta ese momento se manejaba, pierda vigencia y necesite ser cambiado.

En este caso, el Consejo de Estado vislumbró, que no podía seguir aplicando las tesis defendidas en las SU del 04 de agosto de 2010 y SU 25 de febrero de 2016 –precedente ordinario garantista–, en donde el alto tribunal, según se ha visto, defendía la no taxatividad de los factores salariales a incluir en la liquidación pensional y que el IBL sí era un elemento del monto pensional, conforme al principio de inescindibilidad, para sostener ahora que el IBL era el regulado en la Ley 100 de 1993.

Ese cambio muestra que por los efectos de precedente constitucional de la SU 230 de 2015, se somete constitucionalmente al máximo órgano de cierre de lo contencioso administrativo. Es decir, el Consejo de Estado debe “respeto” al precedente constitucional, por lo que seguir emitiendo

¹⁶⁴ SU del 28 de agosto del 2018, Efectos de la presente decisión, numeral 114.

fallos teniendo en cuenta sus sentencias de unificación anteriores, implicaría la contradicción del precedente constitucional

Es por lo anterior, que se evidencia que los criterios hasta ese momento adoptado por el Consejo de Estado frente al IBL y los factores salariales, cambian. Y como la SU del 28 de agosto de 2018 es una sentencia de unificación, el *overruling* tiene efectos vinculantes para toda la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Así es claro, que desde esta sentencia en adelante, el precedente ordinario cambia, por lo que desde la expedición de esta Sentencia, cuando se fuera a decidir respecto a la liquidación pensional de un ciudadano bajo la Ley 33 de 1985, se le debían tener en cuenta el IBL de la Ley 100 de 1993, y solo los factores salariales sobre los que hubiera realizado aportes al sistema de seguridad social, conforme a lo estipulado en la SU 230 de 2015. Con el cambio de precedente, el Consejo de Estado impacta el derecho a la liquidación de la pensión de los beneficios de la Ley 33 de 1985, desmejorando el estándar de protección alcanzado con anterioridad.

b) SU del 25 de abril del 2019¹⁶⁵

En esta sentencia se extiende a los docentes oficiales vinculados al servicio antes de la Ley 819 de 2003, el criterio según el cual los factores a incluir en la liquidación de la pensión sólo son los así enunciados en la Ley 33 de 1985. Vale precisar que por ministerio de la Ley 91 de 1989¹⁶⁶ el régimen pensional de los docentes fue el de la Ley 33 de 1985, estando ellos exceptuados de la aplicación del régimen pensional de la Ley 100 de 1993, según lo dispuesto en el artículo 279 de ésta, lo que se mantuvo hasta la expedición de la citada Ley 819 de 2003.

El litigio en particular se originó porque el fondo pensional liquidó la pensión sin incluir en el IBL pensional todos los factores salariales devengados efectivamente en el último año de servicios, postura que desconocía la SU del 04 de agosto de 2010 y que fue aplicada en la sentencia de primera instancia en la que se declaró la nulidad parcial del acto demandado.

Para modificar su tesis jurisprudencial, el Consejo de Estado, consideró que la SU del 28 de agosto de 2018 no constituía precedente frente al régimen pensional de los docentes por dos razones fundamentales: i) no existe similitud fáctica entre los supuestos de hecho resueltos en esa

¹⁶⁵ Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación. Radicación número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17)SUJ-014-CE-S2-19. Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Igualmente, el artículo 271 del CPACA fundamenta esta sentencia de unificación.

¹⁶⁶ Colombia, Congreso de Colombia. LEY 91 DE 1989, (diciembre 29). Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

sentencia de unificación y el presente que analizaba, y ii) se trata de problemas jurídicos distintos pues el régimen pensional de los docentes oficiales era un régimen exceptuado de la aplicación de la Ley 100 y no uno reconocido como de transición.

Sin embargo, advirtió el Consejo de Estado que en la SU del 28 de agosto de 2018 sí se fijó una subregla sobre los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional cuando se aplica la Ley 33 de 1985, que sí resulta aplicable a los docentes oficiales. En consecuencia, la desmejora de la reliquidación de la pensión se evidencia de la siguiente manera:

<u>ESTANDAR DE PROTECCIÓN ALCANZADO</u>	<u>ESTANDAR DE PROTECCION REDUCIDO</u>
A los docentes pensionados bajo la Ley 33 de 1985, al cumplir los requisitos para pensionarse ya mencionados en el cuadro 4, <u>se les tiene en cuenta todos los factores salariales devengados.</u>	A partir de esta sentencia de unificación, y teniendo en cuenta el precedente sentando en la sentencia C-230 de 2015 de la Corte Constitucional, <u>los factores pensionales quedan limitados a solo aquellos sobre los cuales el docente haya realizado aportes al Sistema de Seguridad Social y estén enlistados en la Ley 33 de 1985</u>

Cuadro 7. La pensión de jubilación de la Ley 33 de 1985 para los docentes oficiales según la SU abril del 2019.

Con esta Sentencia, se evidencia una regresividad frente a los factores salariales, la cual, frente a las pensiones reconocidas a los docentes oficiales bajo la Ley 33 de 1985, significa una desmejora considerable en el monto de la pensión a recibir, pues como ya se explicó en líneas pasadas, al limitar los factores pensionales a solo aquellos sobre los cuales el docente realiza aportes al Sistema de Seguridad Social y no todos los factores salariales devengados –como se liquidaba en un tiempo anterior- se obtiene una pensión, notablemente disminuida.

c) SU del 11 de junio del 2020¹⁶⁷

Aquí se reiteran y extienden los criterios en virtud del cual el IBL de los beneficiarios del Régimen Especial de la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público regulado previsto en el Decreto 546 de 1971 es el de los 10 últimos años laborados, con inclusión de los factores sobre los cuales el legislador haya establecido la obligación de realizar aportes al sistema pensional.

¹⁶⁷ Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación CE-SUJ-S2-021-20. En esta sentencia, el Consejo de Estado aplica los artículos 270 y 271, los cuales versan sobre las sentencias de unificación jurisprudencial.

En las consideraciones, el Consejo de Estado expone que desde el 2018 se acogió que el criterio de la SU 230 de 2015 era extensivo al régimen de la Ley 33 de 1985, aunque no se había definido si ese criterio también hacía parte del régimen de transición para quienes se hubieren pensionado con los requisitos establecidos por el Decreto 546 de 1971, aplicable a los servidores de la Rama Judicial y del Ministerio Público, ni hizo alusión a los factores salariales que deben tenerse en cuenta para liquidar su pensión de jubilación.

En consecuencia, el alto Tribunal reitera que lo expresado en la SU del 28 de agosto de 2018 debe ser aplicable a todos los regímenes especiales y exceptuados, para asegurar la viabilidad financiera del sistema pensional. Tiene de nuevo el Consejo de Estado como uno de los fines últimos de protección, a la SF del Estado.

Por ende, concluye el servidor o ex servidor de la Rama Judicial o del Ministerio Público beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 adquiere el derecho a la pensión, según la siguiente estructura:

Condiciones de aplicación	Consecuencia jurídica
<ol style="list-style-type: none"> 1. Cumpla los requisitos para ser cobijado por el régimen de transición. 2. Funcionarios, empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares 3. 55 años de edad, si son hombres y de 50, si son mujeres, y 4. cumplir 30 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales 10 hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público 	<p>Se debe pagar:</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) la tasa de reemplazo del 75% del (ii) (IBL) ingreso básico de liquidación que versa el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir los últimos 10 años, y (iii) Como factores de liquidación aquellos que el Legislador haya dicho.

Cuadro 8. (Cuadro 6). La pensión de jubilación del artículo 6 del Decreto 546 de 1971, con base en lo decidido en la SU del 11 de Junio de 2020.

Se observa entonces luego de analizar estas tres sentencias regresivas del Consejo de Estado, que desde la SU del 28 de agosto 2018, el precedente constitucional de la Sentencia C-258 de 2013, en lugar de aplicarse de manera restrictiva como inicialmente lo ordenó la misma Corte Constitucional, se hace extensivo a diferentes regímenes pensionales del sector público.

Así, la figura del precedente de descongestión se utiliza para promover y asegurar la regresividad de un derecho social de derechos pensionales, fundamentándola en la simple protección de la SF.

Este cambio de postura del Consejo de Estado de muestra que al ser la Corte Constitucional el máximo órgano de cierre judicial, es quien “estipula” las reglas de juego, en este caso los precedentes que se deben aplicar en todas las jurisdicciones, y en donde ante posibles apartamientos de éstos precedentes –que pueden ser correctos, procedentes y mucho más garantistas-, los jueces cuentan con una carga argumentativa de un gran peso, la cual, a final de cuentas se vuelve fútil, pues sigue estando a merced del cuestionamiento de la Corte.

Y es que como lo dijo Diego López Medina: “el fin de la extensión del precedente no tiene que ver [...] con su contenido de garantía de derechos; en esta nueva encarnación del precedente, este sirve fundamentalmente como mecanismo de solución agregada de controversias”¹⁶⁸, por lo que ya no se vuelve de distinguida importancia el proteger los derechos fundamentales y sociales de los ciudadanos, pilar del Estado Social de Derecho, título del que Colombia osa apropiarse. El fin último es “despachar” providencias –tanto en el ámbito administrativo como en el de cualquier jurisdicción-, usando a los precedentes como una simple figura de descongestión, convirtiéndolo en una banal herramienta procesal.

Es así como desafortunadamente se observa que la Corte Constitucional, que en un principio ostentaba el título de ser la defensora del principio de progresividad de los DESC, con el paso del tiempo y haciendo uso de la figuras de la SF, introducida en el año 2011 con el Acto Legislativo 03 de 2011. Esto llevó a deconstruir el precedente judicial quitándose esa capa de salvaguarda, dándole una faceta regresiva frente a ello que en un principio buscó propugnar y arrastrando con sí, al Consejo de Estado.

¹⁶⁸ LOPEZ, Op.cit, Pág. 118.

CONCLUSIONES

Como se puede evidenciar, en estas líneas se demostró que el Consejo de Estado ha promovido la regresividad de los derechos pensionales en la aplicación de la Ley 100 de 1993 en el sector público, lo anterior, a través del precedente de descongestión. Estando ante dos perspectivas: la primera, que la regresión recaerá y se prohíba sobre el máximo órgano de lo Contencioso Administrativo; y la segunda, el Consejo de Estado, resulta ser un “medio útil” que facilita esta regresividad, ante la aplicación del precedente constitucional.

Es evidente que el máximo órgano de lo contencioso administrativo, al momento de proferir las sentencias de unificación analizadas, hace uso de las figuras legales o herramientas procesales -expuestas en el primer capítulo- para hacer valer los efectos vinculantes como superior funcional dentro lo contencioso administrativo. Y es que si bien las altas Cortes gozan de autonomía judicial al momento de tomar decisiones, en el tema aquí investigado queda clara la supremacía del precedente constitucional, por lo que la subordinación del precedente ordinario ante éste, es innegable. Eso hace que aunque el Consejo de Estado tenga un precedente reiterado y consolidado, si éste discrepa del constitucional, por más que éste primero goce de un criterio “más garantista” para los ciudadanos, prevalecerá el segundo. Por lo que esa sumisión jurídica que se planteó en el capítulo primero, queda en evidencia en el desarrollo de esta investigación, con el análisis realizado a las 3 sentencias regresivas del Consejo de Estado, a partir del año 2018.

Tampoco sería justo decir, que el Consejo de Estado no tiene responsabilidad sobre esta regresividad de derechos pensionales, toda vez que hay que recordar que el precedente en lo contencioso administrativo tiene el carácter de precedente de descongestión, por lo que con él se busca, generar reglas y criterios que al volverse precedentes, puedan usarse como “universales” al aplicarse al resto de casos futuros y así generar un sistema judicial caracterizado por su efectividad y rapidez, so pena claro está, de que estos casos sobrevinientes tengan similitud fáctica y jurídica con aquel que sentó el precedente. Por lo que el Consejo de Estado, aprovechó el uso de este mecanismo judicial del precedente y su obligatoriedad, para cambiar de criterio y así regirse por el que expuso la Corte, y al hacerlo, simplemente desmejorar un precedente -que hasta ese momento se caracterizaba por ser garantista-, el cual

vez incorporado, se hace extensivo a los casos venideros, logrando así un sistema judicial más efectivo en cuanto a términos, más no en cuanto a justicia.

Ahora, se evidenció que incluso, frente a este criterio que debe existir de similitud entre casos para que sea aplicable un precedente, se observa que las altas cortes no son dedicadas y delicadas al examinar este punto. Lo anterior, se evidenció a lo largo de esta disertación, ante el mal uso de las Sentencias C-258 de 2013 y SU 230 de 2015, al hacerlas extensivas a regímenes pensionales que no compartían estrictamente dicha similitud fáctica y jurídica, con los regímenes abordados por las providencias mencionadas.

Por lo que habrá que estar atentos, a ver si el precedente de descongestión, en lo Contencioso Administrativo, seguirá extendiendo un criterio –que no es el más indicado- al resto de pensionados del sector público.

En el capítulo tercero de esta disertación, se mencionó cuándo se está ante una medida regresiva frente a un derecho social, lo anterior, tomando como base la jurisprudencia y doctrina. Precisamente, en las decisiones regresivas del Consejo de Estado se evidenció que al ingresar el IBL a transición y generar cambios en los factores salariales a liquidar, (i) se recortó el ámbito sustantivo de protección del derecho a la pensión¹⁶⁹, (ii) se redujo la protección que brindaba el derecho pensional¹⁷⁰, y (iii) se empeoró el contenido del derecho social a la pensión¹⁷¹, toda vez que, en vez de propugnar por unos montos pensionales progresivos, se han desmejorado las condiciones para liquidarlos y así se han generado pensiones disminuidas, cuyos titulares, hay que recordar, son ciudadanos que con el paso del tiempo y al llegar a una edad en donde la capacidad laboral y productiva suele descender, son merecedoras de un cuidado y amparo más dedicado, se vuelven sujetos de especial protección constitucional. Esa regresividad se sustenta en simples argumentos de disciplina fiscal, lo que está prohibido por el DIDH.

Frente a la SF, se expuso que las prevenciones de aquellos que se oponían a la implementación de este criterio fiscal, a través del Acto Legislativo de 2011 y con el cual se reformó la Constitución, se volvieron reales, pues por más que se buscó regularla, dándole una

¹⁶⁹ Referencia a la sentencia C-313 de 2014, en donde la Corte expone cuando una medida se considera regresiva frente a un derecho social.

¹⁷⁰ Referencia a las hipótesis en donde se está frente a una regresividad ante un derecho social, planteadas por Abramovich y Courtis en el texto “Los derechos sociales como derechos exigibles”.

¹⁷¹ Referencia a las hipótesis mencionadas por Bazán y Jimena, frente a regresividad en derechos sociales, en su libro “Derechos económicos, sociales y culturales”.

mera potestad de criterio y supeditándola a su aplicación por medio del IIF, simplemente se decidió eludir todo esto, pues bastaron las decisiones judiciales que sentaron precedente, para usar el criterio de SF y así poder ser regresivos frente a los derechos sociales.

Habrá que estar en vigía entonces, para ver si a futuro, el IIF cobra vigencia por fin y así se convierte en el medio –como se estipulo y esperó desde un principio- por el cual se analice si debe ser aplicable o no la SF, o si por el contrario, se seguirá usando mecanismos judiciales como el precedente, para hacerlo su mecanismo de aplicación.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos

- ARANGO RIVADENEIRA, RODOLFO. Capítulo 47, Derechos Sociales. En: Fabra Zamora, Jorge Luis. Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, volumen dos. México D.F. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 713. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/27.pdf>
- ABRAMOVICH, VÍCTOR; COURTIS, CHRISTIAN. Los derechos sociales como derechos exigibles, Madrid, Trotta, 2004.
- ALEXY, ROBERT. Derechos sociales y ponderación. Primera edición. México: Editorial Fontamara, S.A. 2010.
- BAZAN, VICTOR; JIMENA QUESADA, LUIS. Derechos económicos, sociales y culturales. 1º edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Astrea SRL, 2014.
- CASTAÑO PEÑA, JAIRO ANDRES. Las cláusulas de disciplina fiscal en las constituciones del Estado Social de derecho. La sostenibilidad fiscal en Colombia y el principio de estabilidad presupuestaria en España. Primera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.
- CRUZ PARCERO, JUAN ANTONIO. Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (Réplica a Fernando Atría), “Discusiones (Derechos sociales)”, N° 4, 2004.
- DEIK ACOSTAMADIEDO, CAROLINA. El precedente Contencioso Administrativo. Teoría local para determinar y aplicar de manera racional los precedentes de unificación del Consejo de Estado. Primera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- DUARTE MARTINEZ, CARLOS ARTURO. La regresividad de derechos pensionales en Sentencias de tutela de la Corte Constitucional Colombiana: un nuevo caso de elusión del control de constitucionalidad. pág. 6. *Texto inédito*.
- JAIMES JAIMES, ISNARDO. La jurisprudencia y el precedente en el Derecho Administrativo. 1º Edición. Bogotá: Leyer Editores, 2016.
- LOPEZ MEDINA, DIEGO. Los eslabones del Derecho. Primera edición. Colombia: Legis Editores, 2016.
- LOPEZ MURCIA, JULIAN DANIEL; BATEMAN SERRANO, ALFREDO; VENGOECHEA BARRIOS, JULIANA MARÍA; LOPEZ PATRON, JUANITA MARÍA. La garantía de los derechos sociales. Primera edición. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibañez, 2009.
- PACHECO QUINTERO, NATALIA JULIANA; JAIMES SANGUINO, MARÍA ALEJANDRA; DUARTE BERNAL, ANNIE STEFANNE. La sostenibilidad fiscal y la regresividad de derechos sociales: Un primer momento de análisis. Revista Temas Socio-Jurídicos UNAB. Vol. 36 N°72 (Enero- Julio de 2017).
- PISARELLO, GERARDO. Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2014.
- QUIROGA VILLAMARÍN, DANIEL RICARDO. Recontextualizando la globalización. El “espacio intermedio” de la sostenibilidad fiscal. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2016.
- Rodolfo Arango Rivadeneira. Regulación incidente fiscal: adiós al Estado social y a la tutela. [en línea] <http://iusconstifil.blogspot.com/2013/12/regulacion-incidente-fiscal-adios-al.html>. Diciembre 05, 2013.
- TELLEZ RONCANCIO, CARLOS ANDRES. Control de constitucionalidad a las interpretaciones normativas del Consejo de Estado. Bogotá, D.C: Editorial UniAcademia Leyer, 2016.

UPEGUI MEJÍA, JUAN CARLOS. Doce tesis en torno al concepto de Estado social de Derecho. Primera edición. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2009.

Documentos Internacionales

Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos. París, 10 de diciembre de 1948. <https://www.un.org/es/universal-declaration-human->

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU. Observaciones generales del PIDESC. https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Viena, 23 de mayo de 1969. https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

Organización de las Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

Leyes en referencias Bibliográficas

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

Colombia, Congreso de Colombia. Ley 4 de 1992. Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

Colombia, Congreso de Colombia. Ley 71 de 1988, (diciembre 19). Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones.

Colombia, Congreso de Colombia. LEY 91 DE 1989, (diciembre 29). Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Colombia, Congreso de la República. Ley 1695 de 2013. Por medio de la cual se desarrolla el artículo 334 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

Colombia, Presidencia de la República. Acto Legislativo 01 de 2005. Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política.

Colombia, Presidencia de la República. DECRETO 104 DE 1994, (enero 13). Por el cual se dictan unas disposiciones en materia salarial y presupuestal de la Rama Judicial, del Ministerio Público, de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones.

Colombia, Presidencia de la República. DECRETO 546 DE 1971, (marzo 27). Por el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares.

Colombia. Congreso de Colombia. Ley 599 del 2000. Por la cual se expide el Código Penal.

Colombia, Congreso de Colombia. Ley 74 de 1968. Por la cual se aprueban los "Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea

General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966".

Colombia, Congreso de la República. Ley 1395 de 2010. Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial

Colombia. Constitución Política de Colombia, 1991.

Colombia. Decreto 528 de 1964. Marzo 9. Por el cual se dictan normas sobre organización judicial y competencia, se desarrolla el artículo 217 de la Constitución, y se adoptan otras disposiciones.

Colombia. Ley 11 de 1975, enero 13. Por la cual se aclaran y adicionan los artículos 22 y 24 del Decreto-ley 528 de 1964 y el artículo 4° de la Ley 50 de 1967 y se modifica el 25 de la Ley 167 de 1941, sobre funcionamiento del Consejo de Estado.

Colombia. LEY 1437 DE 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Colombia. Ley 153 de 1887, agosto 24. Que adiciona y reforma los Códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.

Colombia. Ley 169 de 1896, diciembre 31. Sobre reformas judiciales.

Colombia. Ley 954 de 2005, Abril 27. Por medio de la cual se modifican, adicionan y derogan algunos artículos de la Ley 446 de 1998 y del Código Contencioso Administrativo, y se dictan otras disposiciones sobre competencia, descongestión, eficiencia y acceso a la administración de justicia. Derogada por el art. 309, Ley 1437 de 2011, a partir del 2 de julio de 2012.

Colombia. Ley ordinaria, LEY 167 DE 1941. Diciembre 24. Sobre organización de la jurisdicción Contencioso-administrativa

Colombia. Ley ordinaria, Ley 38 de 1918. Noviembre 13. Sobre la manera de hacer efectivo el derecho de indemnización por expropiaciones ejecutadas por autoridades administrativas

Sentencias

Corte Constitucional

Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-104 de 1993. Alejandro Martínez Caballero, REF.: proceso N° D-164.

Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-131 de 1993. Alejandro Martínez Caballero, Ref: Demanda N° D-182.

Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-123 de 1995. Eduardo Cifuentes Muñoz, exp. T-48378

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996. Vladimiro Naranjo Mesa. Ref.: P.E.-008

Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-836 de 2001. Rodrigo Escobar Gil, exp. D-3374

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-595 de 2002. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2004. Eduardo Montealegre Lynett. Exp. D-4661

Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005. Jaime Córdoba Triviño, exp. D-5428.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-862 de 2006. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. Exp. D-6247.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-891^a de 2006. RODRIGO ESCOBAR GIL. Exp. D-6246.

Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-335 de 2008. Humberto Antonio Sierra Porto, exp. D-6943 y D-6946.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-362 de 2010. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-539 de 2011. Luis Ernesto Vargas Silva. Exp. D-8351.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-816 de 2011. Mauricio González Cuervo, Exp.D-8473.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-430 de 2011. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-539 de 2011. LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA.

Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-634 de 2011. Luis Ernesto Vargas Silva, exp. D-8413.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-1052 de 2012. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-288/12. Luis Ernesto Vargas Silva, exp. D-8690.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-132 de 2012. Humberto Antonio Sierra Porto, expediente D- 8616

Colombia, Corte constitucional. Sentencia SU1073 de 2012. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-258 de 2013. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-313 de 2014. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO. Exp. PE-040

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-767 de 2014. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB. Exp. D-10145.

Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-621 de 2015. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, exp. D-10609.

Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-179 de 2016. Luis Guillermo Guerrero Pérez, exp. D-10973.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-615 de 2016. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. Exp. T-5.661.689

Colombia, Corte Constitucional. Referencia: Solicitud de nulidad de la Sentencia T-615 de 2016. JOSÉ ANTONIO CEPEDA AMARÍS. Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Consejo de Estado

Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación CE-SUJ-S2-021-20.

Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación nº 25000-23-42-000-2013-00632-01(1434-14). Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.

Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación. Radicación número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17)SUJ-014-CE-S2-19. Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia 2012-00143 de agosto 28 de 2018. Consejero Ponente: César Palomino Cortés.

Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 30 de noviembre de 2000, Rad. 2004-2000. Consejero Ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado.

Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 21 de Septiembre de 2000. Radicación número: 470-99.

Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia 4648-03 de junio 21 de 2007.

Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia 2013-01541/4683-2013 de febrero 25 de 2016. Consejero ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación, Radicación No. 25000-23-42-000-2012-00752-01 (2245-13). Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

Colombia, Consejo de Estado. Sentencia 2006-07509 de agosto 4 de 2010. Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila

Colombia. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D. C., 2019. Radicación numero: 20001-23-31-000-2007-00244-01(IJ) AG.