

El principio de progresividad en materia de derechos laborales frente al principio de sostenibilidad fiscal en Colombia. Un análisis a partir de las decisiones del Consejo de Estado sobre reliquidación de la pensión de jubilación.



Juan Sebastián Campo León

Lina Susana Claro Rodríguez

Universidad De Pamplona

Facultad de Artes y Humanidades

Programa de Derecho

San José De Cúcuta

2024

El principio de progresividad en materia de derechos laborales frente al principio de sostenibilidad fiscal en Colombia. Un análisis a partir de las decisiones del Consejo de Estado sobre reliquidación de la pensión de jubilación.



Juan Sebastián Campo León

Lina Susana Claro Rodríguez

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de Abogado.

Tutores.

Yamal Elías Leal Esper.

Jorge Enrique Suárez Galvis.

Universidad De Pamplona

Facultad De Artes Y Humanidades

Programa De Derecho

San José De Cúcuta

2024

Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN.....	6
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.	10
1.1. Pregunta de investigación.	10
1.2 Objetivo general.	10
1.3 Objetivos específicos.	10
1.4. Justificación.....	11
2. MARCO REFERENCIAL.	12
2.1 Antecedentes o estado del arte.....	12
2.1.1. Referentes internacionales.....	12
2.1.2. Referentes nacionales.....	13
2.2. Marco teórico.....	15
□ La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin. César Rodríguez.	15
□ Teoría del Estado Social de Derecho. Hermann Heller.....	15
□ Tercera técnica (circunstancialmente legítima) de manejo del precedente: el cambio de la jurisprudencia. Diego Eduardo López Medina.	16
3. METODOLOGÍA.....	16
CAPÍTULO I. LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE SUSTENTAN EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN MATERIA DE DERECHOS LABORALES EN COLOMBIA.....	17
1.1. El Estado Social de Derecho y el nacimiento del principio de progresividad en materia laboral.....	17
1.2. Conceptualización del principio de progresividad.....	20
1.3. Los fundamentos jurídicos que determinan la existencia del principio de progresividad en materia laboral en Colombia.	21
1.4. Consecuencias derivadas de la inaplicabilidad del principio de progresividad en el sistema pensional.....	24
CAPÍTULO II. EL DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FISCAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.....	25
2.1. Conceptualización del principio de sostenibilidad fiscal.	25
2.2. Fundamentos constitucionales que determinan la existencia del principio de sostenibilidad fiscal.	27
2.3 Naturaleza jurídica del principio de sostenibilidad fiscal.....	32

CAPÍTULO III. LAS PRINCIPALES DECISIONES TOMADAS POR EL CONSEJO DE ESTADO EN RELACIÓN CON RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN, Y SUS CRITERIOS ORIENTADORES.	34
3.1 Las tensiones de la jurisprudencia del Consejo de Estado con la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de reliquidación de pensión de jubilación.	34
3.2. Sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010.	36
3.3 Sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018.	38
3.4 Argumentos críticos sobre las decisiones vigentes en materia de reliquidación de la pensión de jubilación del Consejo de Estado.	41
CAPÍTULO IV. ARGUMENTOS PARA MODULAR EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN MATERIA DE DERECHOS LABORALES CON EL CRITERIO DE SOSTENIBILIDAD FISCAL EN LAS DECISIONES SOBRE RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO.....	43
CONCLUSIONES.....	46
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	47

RESUMEN

El Consejo de Estado, en su calidad de Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Segunda, en aquellos asuntos de su conocimiento relacionados con reliquidación de la pensión de jubilación, manejaba la tesis que se debían incluir para liquidar esta prestación, todos los factores salariales devengados por el servidor público durante el último año de servicios, dando prevalencia al principio de progresividad en materia de derechos laborales. No obstante, dentro de su más reciente jurisprudencia, dicho Tribunal, desvirtuó la tesis, y en consecuencia, los derechos reconocidos en materia de inclusión de factores salariales por parte de su Sección Segunda; imperando a partir de ese momento, el criterio que para liquidar la pensión de jubilación únicamente debían tomarse como factores constitutivos de salario, aquellos sobre los que se hayan realizado aportes al Sistema General de Pensiones, dando prioridad a la necesidad de asegurar la sostenibilidad o solvencia financiera de este.

Puesto lo anterior en contexto, se evidencia que el Consejo de Estado para resolver los asuntos que se relacionan con reliquidación de la pensión de jubilación, está dando prevalencia absoluta al criterio de sostenibilidad fiscal, dada la necesidad de asegurar la sostenibilidad del Sistema General de Pensiones, casi que anulando la aplicación del principio de progresividad en materia de derechos laborales; situación que desconoce, entre otros, los principios de armonización concreta y proporcionalidad expuestos por la Corte Constitucional dentro de su Jurisprudencia. Bajo ese entendido, resulta indispensable la realización de una investigación jurídica que determine de manera puntual el alcance del principio de progresividad en materia de derechos laborales, frente al criterio de sostenibilidad fiscal en las decisiones proferidas por el mencionado Tribunal sobre reliquidación de la pensión de jubilación, logrando proponer argumentos para modular estos dos principios, asunto que comprenderá el objeto central del presente documento.

PALABRAS CLAVE

Pensión de jubilación, principios, sostenibilidad fiscal, progresividad, Consejo de Estado.

ABSTRACT

The Second Section of the Council of State in cases related to reliquidation of the retirement pension, handled the thesis that to liquidate this benefit, all the salary factors accrued by the public servant during the last year of services should be included, giving prevalence to the principle of progressivity in labor matters. However, within its most

recent jurisprudence, the Highest Court of Administrative Litigation Jurisdiction distorted the thesis, and consequently, the rights recognized regarding the inclusion of salary factors by its Second Section; From that moment on, the criterion prevailed that to settle the retirement pension, only those on which contributions had been made to the system should be taken into account as salary factors, giving priority to the need to ensure the financial sustainability of the pension system.

Put the above in context, it is evident that the Council of State for the resolution of cases related to reliquidation of the retirement pension, is giving absolute prevalence to the principle of fiscal sustainability, given the need to ensure the sustainability of the pension system, almost that annulling the application of the principle of progressivity in labor matters; a situation that ignores, among others, the principles of concrete harmonization and proportionality set forth by the Constitutional Court within its Jurisprudence. Under this understanding, it is essential to carry out a legal investigation that determines in a timely manner the scope of the principle of progressivity in labor matters, compared to the principle of fiscal sustainability in the decisions issued by the Council of State on reliquidation of the retirement pension, managing to propose arguments to modulate these two principles, a matter that will comprise the central purpose of this document.

KEYWORDS

Retirement pension, principles, fiscal sustainability, progressivity, Council of State.

INTRODUCCIÓN

Es de conocimiento generalizado dentro del estudio del Derecho la clasificación de las disposiciones constitucionales en valores, principios y reglas. Adquiriendo una relevancia superior dentro de la teoría jurídica actual, los principios constitucionales, lo cual se evidencia en las decisiones judiciales, en la aplicación de los catálogos de derechos, e incluso en los negocios jurídicos propios del derecho privado, dada la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Sobre el papel de los principios constitucionales en la actualidad, autores como Manuel Fernando Quinche Ramírez han puntualizado que anteriormente tenían un rol secundario, que fue modificado a raíz de la promulgación de la “Constitución de 1991 y por la justicia constitucional, que, siguiendo las tendencias del constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX, asumió que los principios no son enunciados secundarios y que actúan como normas jurídicas en toda clase de asuntos, especialmente en casos complejos o difíciles” (Quinche, 2020).

La Corte Constitucional, siguiendo las consideraciones de Robert Alexy, ha señalado que los principios son mandatos de optimización, toda vez que se trata de normas que

ordenan la realización de alguna acción o actividad al máximo de sus posibilidades, tanto fácticas como jurídicas (Corte Constitucional, 2001). Pero, el operador judicial para la resolución de los litigios puestos bajo su conocimiento, en un gran número de circunstancias, se ha encontrado, y se encontrará, frente a situaciones fácticas y jurídicas en que una misma controversia, se puede resolver mediante la aplicación de dos principios, que se presentan como opuestos, siendo necesario que uno ceda frente al otro para ese caso concreto; o, en palabras de Ronald Dworkin, es necesario ponderar el valor relativo de cada uno de ellos en las circunstancias determinadas de cada caso (Rodríguez, 1997).

Así, las altas Cortes de Colombia se han encontrado bajo diversos escenarios que necesitan de la confrontación de dos principios a través de la ponderación, para resolver los problemas jurídicos puestos bajo su conocimiento como administradores de justicia. Por ejemplo, la Corte Constitucional a través de la sentencia C-027 de 2018, para declarar la exequibilidad del Acto Legislativo 03 de 2017, con el que se buscó la regulación parcial del componente relacionado con la reintegración a la vida política de los excombatientes de las FARC, en el marco del Acuerdo de Paz, tuvo que ponderar dos principios que colisionaban en ese litigio constitucional: por un lado, la igualdad en el escenario de la participación política; y frente a este, la paz, dada la necesidad de finalizar un conflicto armado prolongado durante décadas, teniendo este último más peso para ese caso concreto.

Por su parte, la Corte Suprema Justicia, a través de la Sala de Casación Penal, al conocer de una impugnación de un fallo de tutela dentro el proceso STP5404-2019, encontró que, dentro de las circunstancias fácticas de esa controversia, colisionaban los principios de libertad de información, con los de la vida e integridad personal. En tal sentido, acudiendo al ejercicio de la ponderación, el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria determinó que es necesario medir en una balanza los dos principios controvertidos entre sí, para establecer cuál protege, para el caso concreto, en mayor medida los aspectos fundamentales para el ser humano, concluyendo que primaba la vida e integridad personal para ese caso puntual (Sentencia STP5404, 2019).

Del mismo modo, el Consejo de Estado se ha encontrado frente a controversias en las que, ha dado prevalencia a ciertos principios sobre otros. Tal es el caso de las últimas decisiones relacionadas con la reliquidación de la pensión de jubilación, en donde, se ha notado la tensión entre la necesidad de asegurar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, bajo el principio constitucional de la sostenibilidad fiscal, frente al principio de progresividad en materia laboral; aspectos que serán el eje central de la presente investigación.

Resulta oportuno destacar que la Sección Segunda del Consejo de Estado en los casos relacionados con reliquidación de la pensión de jubilación, manejaba la tesis que se debían incluir para liquidar esta prestación, todos los factores salariales devengados por el servidor durante el último año de servicios, dando prevalencia al principio de progresividad en materia laboral, según el cual, al alcanzarse un determinado rango de protección de los derechos de los trabajadores, se restringe o limita la amplia libertad de configuración legislativa en cabeza del Congreso de la República, ya que, cualquier retroceso frente al nivel de protección previamente logrado, puede tornarse inconstitucional (Corte Constitucional, 2011).

No obstante, posteriormente, mediante sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, el Máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, desvirtuó la tesis, y en consecuencia, los derechos reconocidos en materia de inclusión de factores salariales por parte de su Sección Segunda; imperando a partir de ese momento, dentro de su jurisprudencia, el criterio que para liquidar la pensión de jubilación únicamente deben tomarse como factores constitutivos de salario, los que efectivamente fueron objeto de aportes al Sistema General de Pensiones, dando prioridad a la necesidad de asegurar la sostenibilidad financiera de este.

Por ejemplo, la Subsección A, de la Sección Segunda, de la Sala de Contencioso Administrativo, a través de sentencia proferida en la vigencia 2021, estudió una demanda instaurada en ejercicio del medio de control establecido en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, es decir, el de nulidad y restablecimiento del derecho, en donde la parte actora pretendía la reliquidación de su pensión de vejez, dando aplicación al artículo 1° de la Ley 33 de 1985 con la inclusión de los salarios devengados en el último año laborado como servidor público.

En esa oportunidad, dentro de la mencionada sentencia, El Consejo de Estado confirmó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico; órgano que en su momento, procedió a negar lo pretendido por el accionante, precisando que los factores que constituyen salario a efectos de incluirse en la respectiva liquidación pensional, son solo los que estén de manera puntual fijados en la ley, y que hayan sido objeto de aportes al Sistema General de Pensiones.

Dentro de dicho fallo, el Consejo de Estado sobre el principio de progresividad en materia de derechos laborales, aplicable a ese caso concreto, puntualizó que, si bien, la Sección Segunda sostuvo, con base en el mencionado principio, que el servidor público se podía pensionar teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en su último año de servicios, para la Sala Plena, ese criterio de interpretación sobrepasaba la verdadera voluntad del Congreso de la República en calidad de legislador; órgano que, dada su

amplia libertad de configuración, determinó detalladamente los factores que conforman la base para liquidar la pensión, y sobre ellos, se debe limitar (Consejo de Estado, 2021).

Por otra parte, priorizó la necesidad de asegurar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, como una manifestación de la sostenibilidad fiscal, criterio que tradicionalmente se había considerado como principio constitucional, pero que a lo largo del estudio que se realizará en la presente investigación, se explicará detalladamente que no lo es.

En tal sentido, indicó que tomar como base de liquidación únicamente los factores sobre los cuales el servidor público haya realizado aportes, es una decisión que no compromete las finanzas del Sistema General de Pensiones, ni arriesga la garantía del derecho a la pensión para todas las personas del país, obligación de asegurabilidad que está en cabeza del Estado, con fundamento en los principios superiores de universalidad y eficiencia (Consejo de Estado, 2021).

Puesto lo anterior en contexto, se evidencia que el Consejo de Estado para resolver los litigios que se relacionan con la reliquidación de la pensión de jubilación, están otorgando una prioridad total al denominado criterio de sostenibilidad fiscal, en vistas de procurar porque el Sistema General de Pensiones sea sostenible financieramente, casi que anulando por completo la aplicación del principio de progresividad en materia de derechos laborales para estos casos; situación que desconoce, entre otros, los principios de armonización concreta y proporcionalidad expuestos por la Corte Constitucional dentro de distintos pronunciamientos en sede de tutela y de acción pública de inconstitucionalidad.

Sobre el principio de armonización concreta, la Corte Constitucional en sentencia T-425 de 1995 precisó que éste, es un mandato que restringe la posibilidad de dar efectividad a un derecho, pero sacrificando totalmente la aplicación de otro. En ese sentido, el operador judicial está llamado a maximizar la efectividad de todos los principios en juego. En lo que respecta al principio de proporcionalidad, señaló que hace referencia al cotejo que se hace entre dos alternativas o variables de carácter relativo, con unos alcances que se precisan en la situación concreta de estudio, más no, a una ponderación propiamente dicha entre una variable de carácter absoluto, y otra que no goza de tal característica (Corte Constitucional, 1995).

Así las cosas, se evidencia que dentro de las decisiones del Consejo de Estado, se ha anulado de manera total los derechos que habían sido reconocidos por parte de la Sección Segunda, bajo la óptica de la necesidad de asegurar la sostenibilidad del sistema pensional; cuando, este Tribunal pudo dar aplicación a los principios de armonización concreta y de proporcionalidad, buscando modular la sostenibilidad fiscal con los

derechos previamente reconocidos, que están cobijados por el principio de progresividad en materia laboral.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Dicho todo lo anterior, resulta indispensable desarrollar una investigación jurídica que determine de manera puntual el alcance del principio de progresividad en materia laboral, frente al principio de sostenibilidad fiscal en las decisiones emitidas por el Consejo de Estado sobre reliquidación de la pensión de jubilación, para lo cual, es necesario abordar previamente, el análisis de los siguientes ítems, que comprenderán los objetivos de la presente investigación: en primer lugar, los fundamentos jurídicos que sustentan el principio de progresividad en materia laboral en Colombia; por otra parte, el desarrollo del principio de sostenibilidad fiscal en el ordenamiento jurídico colombiano; en tercera medida, las principales decisiones tomadas por el Consejo de Estado en relación con reliquidación de la pensión de jubilación, y los criterios orientadores de las mismas; y, finalmente, la manera en que se puede modular el principio de progresividad en materia laboral con el de sostenibilidad fiscal en las decisiones sobre reliquidación de la pensión de jubilación del Consejo de Estado.

1.1. Pregunta de investigación.

¿Cuál es el alcance del principio de progresividad en materia de derechos laborales frente al principio de sostenibilidad fiscal en las decisiones emitidas por el Consejo de Estado sobre reliquidación de la pensión de jubilación?

1.2 Objetivo general.

Analizar el alcance del principio de progresividad en materia de derechos laborales frente al principio de sostenibilidad fiscal en las decisiones emitidas por el Consejo de Estado sobre reliquidación de la pensión de jubilación.

1.3 Objetivos específicos.

- Exponer los fundamentos jurídicos que sustentan el principio de progresividad en materia de derechos laborales en Colombia.
- Explicar cómo se ha desarrollado el principio de sostenibilidad fiscal en el ordenamiento jurídico colombiano.

- Identificar las principales decisiones tomadas por el Consejo de Estado en relación con reliquidación de la pensión de jubilación, y los criterios orientadores de las mismas.
- Proponer argumentos para modular el principio de progresividad en materia de derechos laborales con el criterio de sostenibilidad fiscal en las decisiones sobre reliquidación de la pensión de jubilación del Consejo de Estado.

1.4. Justificación.

Resulta importante la realización del presente proyecto de investigación teniendo en cuenta que a partir de una situación que está generando una problemática constitucional, como lo es, la posible anulación del principio de progresividad en materia laboral en las decisiones del Consejo de Estado sobre reliquidación de la pensión de jubilación, dando prevalencia al principio de sostenibilidad fiscal, se buscará analizar jurídicamente el alcance puntual de estos dos principios en la jurisprudencia del Máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en la que se ha estudiado la temática en mención.

En ese sentido, dentro del desarrollo de la investigación se pretenden abordar temáticas de notable relevancia para la doctrina jurídica en el ámbito del Derecho constitucional, toda vez que se abarcará lo pertinente al marco normativo, jurisprudencial y doctrinario que desarrolla los principios de progresividad en materia laboral y de sostenibilidad fiscal en Colombia; identificando las principales decisiones tomadas por el Consejo de Estado en relación con reliquidación de la pensión de jubilación, y los criterios orientadores de las mismas; para finalmente, aportar argumentos jurídicos que permitan modular el principio de progresividad en materia laboral con el de sostenibilidad fiscal en las decisiones sobre reliquidación de la pensión de jubilación del Consejo de Estado.

De igual manera, es importante destacar que la investigación que se pretende realizar tiene una utilidad y necesidad importante para la sociedad colombiana, pues, por un lado, puede servir de insumo para sustentar futuros fallos tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, en donde se debatan asuntos relacionados con la reliquidación de la pensión de jubilación, y la aplicación de principios para la resolución del problema jurídico. Y, por otra parte, para generar un precedente académico sobre la importancia de aplicar los principios de armonización concreta y proporcionalidad en las decisiones judiciales.

Así las cosas, la pertinencia del presente proyecto investigativo se justifica en la necesidad de analizar un tema de actualidad, como lo es el estudio de las sentencias del Consejo de Estado que han limitado los factores salariales tenidos en cuenta para liquidar la pensión de jubilación, bajo la óptica del Derecho Constitucional, máxime si se toma en consideración que una gran cantidad de ciudadanos han sido afectados en sus derechos pensionales, por la falta de aplicación del principio de progresividad en materia laboral en tales decisiones.

2. MARCO REFERENCIAL.

2.1 Antecedentes o estado del arte.

2.1.1. Referentes internacionales.

- **Vizcaino Aragón, D. A. (2019). Principio de progresividad en las relaciones de trabajo: análisis de la institución de desahucio tras las reformas de la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar. (tesis de maestría). Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar. Obtenido de: <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/6554>.**

Dentro de este artículo de investigación se abordan cuestiones atinentes al principio de progresividad en las relaciones laborales en el contexto del Estado Ecuatoriano, mediante un análisis normativo y jurisprudencial, en que su autora, logra realizar la relación temática con la institución de desahucio tras las reformas de la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar.

Así las cosas, resulta importante destacar este referente teórico internacional, por su relevancia en los apuntes sobre la temática que comprende uno de los objetivos principales de estudio para la presente investigación, esto es, el principio de progresividad en materia laboral.

- **Cusilayme Zea, E. Y. (2023). Tratamiento del principio de progresividad laboral en la jurisprudencia del tribunal constitucional y la inconstitucionalidad de la reposición laboral por despido arbitrario en el régimen privado. (tesis de grado). Lima, Perú: Universidad Nacional de Altiplano. Obtenido de: <https://renati.sunedu.gob.pe/handle/sunedu/3578290>.**

Dentro de esta investigación, aborda la temática del principio de progresividad, haciendo una revisión del tratamiento que ha tenido en la jurisprudencia del tribunal constitucional de Perú, concluyendo, que existe una constante inobservancia del mencionado principio en el mencionado Estado. Para llegar a tales consideraciones, su autor analizó el tema de los despidos arbitrarios en el régimen privado, aspecto en donde se resalta el especial menoscabo de la progresividad en materia de derechos laborales.

En tal sentido, se encuentra claramente relacionado este referente teórico con el objeto de investigación aquí planteado, por lo que, resulta importante tomarlo en consideración para el desarrollo del presente estudio.

- **Rosales Maicán, R. A. (2012). Reciente doctrina jurisprudencial de la Sala Constitucional sobre los principios laborales de intangibilidad, progresividad e irrenunciabilidad. *Cuestiones Jurídicas*, 6 (1), 135-142. Obtenido de: <https://www.redalyc.org/pdf/1275/127523423006.pdf>.**

De acuerdo con el autor Rosales Maicán, este artículo tiene como finalidad exponer de manera sucinta los criterios interpretativos manejados por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, sobre la progresividad en materia de derechos de los trabajadores, así como la intangibilidad e irrenunciabilidad de estos, con base en el análisis de las sentencias N. 1771 del 28 de noviembre de 2011 y No. 1952 del 15 de diciembre de 2011 (Rosales, 2012).

De tal modo, al abordar un eje temático que guarda relación directa con el principio de progresividad en materia laboral, pero en el contexto venezolano, resulta importante tomar en consideración esta obra como referente teórico.

2.1.2. Referentes nacionales.

- **Granada Quiceno, J. A. & Bolívar Acevedo, L. A. & Sánchez, O. (2018). Diferencia jurisprudencial entre el consejo de estado y la corte constitucional respecto a la reliquidación pensional de los trabajadores oficiales en régimen de transición. (*tesis de especialización*). Bogotá D.C., Colombia: Fundación Universitaria del Área Andina. Obtenido de: <https://digitk.areandina.edu.co/repositorio/handle/123456789/2377>.**

Este trabajo de investigación es tomado como referente teórico, toda vez que sus autores analizan la temática que comprende el eje central de la presente investigación, como lo es, la reliquidación pensional; pero lo desarrollan realizando un análisis sobre la

diferencia jurisprudencial entre las decisiones emitidas por el Consejo de Estado y por la Corte Constitucional, para el caso de los trabajadores oficiales en régimen de transición.

Así, dentro del citado artículo, se tocan temáticas que pueden servir de insumo para el desarrollo de la investigación que se pretende realizar, como, por ejemplo: las reglas y subreglas que la jurisprudencia ha establecido para reliquidar las pensiones; los argumentos que conllevaron al Consejo de Estado a negar las pretensiones de las demandas presentadas dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011; entre otros ítems, que justifica que este referente teórico nacional sea tenido en cuenta para el presente estudio.

- **Calvo Chaves, N. J. (2011). Aplicación del principio de progresividad en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Memorando de Derecho*, 2 (2), 63-81. Obtenido de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3851138>.**

Dentro de las conclusiones expuestas por el autor de esta investigación, se tiene que el principio de progresividad hace referencia, entre otras cosas, al pago de prestaciones que cada vez son más cuantiosas respecto a los derechos sociales, económicos y culturales; así mismo, a un mandato que no es óbice para que el Estado aumente la cobertura universal de estos derechos (Calvo, 2011). Así, se puede observar que los resultados del trabajo del abogado Néstor Calvo Chaves, guardan relación con los objetivos que se pretenden desarrollar en la presente investigación, encaminada a determinar el alcance del principio de progresividad frente al principio de sostenibilidad fiscal, en las decisiones del Consejo de Estado sobre reliquidación de la pensión de jubilación.

Para llegar a las conclusiones expuestas anteriormente, el autor realiza el respectivo estudio normativo, doctrinario y jurisprudencial que aborda lo atinente al principio de progresividad en la jurisprudencia constitucional colombiana; valga la pena anotar, nuevamente, que las consideraciones del mencionado proyecto de investigación, son de utilidad para el presente trabajo.

- **Amaya Perdomo, C. E. (2022). Sostenibilidad financiera del sistema pensional ¿sustitución del Estado social de derecho por el Estado fiscal? (*tesis de especialización*). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Libre. Obtenido de: <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/22629>.**

Esta investigación se ocupa en estudiar a fondo el tema de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, siendo consciente su autor, que es una temática que, de acuerdo a su tratamiento por la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, está desnaturalizando el concepto de Estado social de derecho por el de Estado Fiscal.

El autor logra abordar un amplio eje temático que puede servir como insumo para el desarrollo de la presente investigación, como, por ejemplo, la exposición de las preocupaciones, que, bajo su juicio, le generan la *ratio decidendi* en materia económica y la parte resolutive de la sentencia SU-140 de 2019 de la Corte Constitucional, al ser una decisión que, fácilmente, sustituye el Estado Social de Derecho y comprometer derechos sociales por cuestiones fiscales (Amaya, 2022).

Se encuentra así justificada su consideración como referente teórico del ámbito nacional para la presente investigación.

2.2. Marco teórico.

- La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin. César Rodríguez.

Este libro contiene una serie de teorías compiladas por el autor César Rodríguez, de autoría de los juristas H.L.A. Hart y Ronald Dworkin, quienes sostuvieron una de las rivalidades doctrinales más notorias a nivel mundial, logrando controvertir mutuamente sus diferentes posturas jurídicas.

Para efectos de la presente investigación es importante tomar como base, la teoría de la regla de reconocimiento, bajo los argumentos de uno u otro autor, en el entendido que es un estudio que aborda la temática de los principios, siendo importante este ítem para la presente investigación, en donde se intentará modular los principios de progresividad en materia laboral y el de sostenibilidad fiscal en las decisiones del Consejo de Estado sobre reliquidación de la pensión de jubilación.

Dicho esto, se encuentra justificada la incursión de estos autores como base teórica para la presente investigación.

- Teoría del Estado Social de Derecho. Hermann Heller.

Una gran cantidad de autores han coincidido en que es Hermann Heller el primer, y quizás, el más destacado teórico jurista que ha conceptualizado el Estado Social de Derecho, indicando que al Estado liberal de Derecho se le debía atribuir un contenido económico y social, para su optimización y garantía de derechos, para lo cual, debía sustentarse también de un nuevo orden laboral y de distribución de bienes.

Así las cosas, dada la importancia de la teoría del Estado Social de Derecho dentro de lo relacionado con las sentencias de relevancia constitucional, como lo son aquellas que

involucran derechos pensionales, y siendo Hermann Heller el principal teórico, es relevante tomar a este autor como una de las bases teóricas del presente proyecto de investigación.

- Tercera técnica (circunstancialmente legítima) de manejo del precedente: el cambio de la jurisprudencia. Diego Eduardo López Medina.

El autor Diego Eduardo López Medina es uno de los más destacados juristas que han abordado la temática del precedente judicial en Colombia. Dentro de su obra “El Derecho de los Jueces” ha expuesto las técnicas de manejo del precedente, siendo la tercera de ellas, el cambio de la jurisprudencia, la cual, el citado doctrinante, expone con base en pronunciamientos de la Corte Constitucional en donde dicho Tribunal se ha visto obligado a dar giros circunstanciales a su jurisprudencia.

En tal sentido, se destaca que dentro de dicha obra las consideraciones relacionadas con la categorización del precedente judicial como un elemento esencial dentro del Estado Social de Derecho, pero que no puede ser sacralizado, ya que podría desembocar en la obsolescencia del ordenamiento jurídico (López, 2006). Entonces, al tratarse la presente investigación de los cambios en la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la reliquidación de la pensión de jubilación, es importante tomar como base las teorías de Diego Eduardo López Medina sobre el cambio de la jurisprudencia, y las condiciones para que este fenómeno se lleve a cabo.

3. METODOLOGÍA.

La presente investigación es de carácter dogmático-jurídica, desarrollando un enfoque cualitativo, toda vez que se realizará un análisis sobre el alcance del principio de progresividad en material laboral frente al principio de sostenibilidad fiscal en las decisiones emitidas por el Consejo de Estado sobre reliquidación de la pensión de jubilación, tomando como fundamento fuentes de información de carácter documental, como lo son: la Constitución Política de Colombia, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, ley, doctrina nacional e internacional, y el derecho comparado.

El tipo de investigación que se desarrollará será descriptivo, dado que del estudio de carácter jurídico que se llevará a cabo, se tendrá como finalidad dar una respuesta argumentada a la pregunta de la formulación del problema, es decir: ¿Cuál es el alcance del principio de progresividad en material laboral frente al principio de sostenibilidad fiscal en las decisiones emitidas por el Consejo de Estado sobre reliquidación de la pensión de

jubilación?; buscando a su vez, de manera específica y detallada desarrollar los ítems planteados como objetivos específicos.

La recolección de datos de la investigación se hará a través de la sistematización y análisis de fichas doctrinales y jurisprudenciales.

CAPÍTULO I. LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE SUSTENTAN EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN MATERIA DE DERECHOS LABORALES EN COLOMBIA.

A efectos de desarrollar el presente capítulo que tiene como objetivo exponer los fundamentos jurídicos que sustentan el principio de progresividad en materia de derechos laborales en Colombia, se buscará llevar a cabo su redacción a partir de cuatro ítems en específico: En primer lugar, la relación existente entre el Estado social de Derecho y el nacimiento del mencionado principio. En segunda medida, la conceptualización del principio de progresividad a partir de los avances de la jurisprudencia y doctrina nacional. Por otra parte, se indicarán los fundamentos jurídicos que determinan la existencia de este principio en Colombia. Finalmente, se explicarán las consecuencias derivadas de su inaplicabilidad en el sistema pensional.

1.1. El Estado Social de Derecho y el nacimiento del principio de progresividad en materia laboral.

El constitucionalismo a lo largo de la historia ha estado marcado por una serie de luchas que lograron modificar las relaciones sostenidas entre las autoridades que gobiernan los distintos Estados y los ciudadanos. Así, por ejemplo, se puede destacar la aparición del Estado de Derecho como una limitación al absolutismo que regía en las naciones europeas a finales del siglo XVIII y durante el siglo XIX, instaurando un sistema de libertades individuales y supeditando la actividad estatal a lo consagrado en normas jurídicas.

Pero, dadas las nuevas necesidades sociales que surgen con el transitar de la historia, a partir del siglo XX, se volvió insuficiente un modelo de Estado que se le limitara a imponer restricciones a quien ostenta el poder público, y garantizar unos derechos mínimos. En tal sentido, como lo señala el reconocido tratadista italiano Maurizio Fioravanti “el siglo XX trae nuevas soluciones, no solo en la historia de las constituciones y del constitucionalismo, sino también en lo referido a la sucesión histórica de las formas de Estado” (Fioravanti, 2016).

En efecto, es a partir del siglo XX que en el mundo se empieza a hablar del Estado Social de Derecho como una evolución del concepto de Estado de Derecho propiamente dicho. Sobre este tránsito de formas de Estado, así como los cambios que representa la adopción de uno y otro para la sociedad, la Corte Constitucional en sentencia C-158 de 1998 apuntó que el Estado Social de Derecho, a diferencia del Estado de Derecho, no está limitado únicamente a reconocer garantías individuales, sino que, adicionalmente, su legitimidad se cimenta en la eficacia jurídica para la protección de las mismas. De tal manera, los derechos, sin importar su categoría, no se conciben como simples facultades otorgadas a los individuos, sino como beneficios que de manera obligatoria debe garantizar el Estado (Sentencia C-158, 1998).

En este orden de ideas, dada la necesidad de acoplar la forma del Estado a las exigencias de una sociedad que requería de la garantía no solo de ciertos derechos mínimos, sino también de un catálogo de prerrogativas en materia económica, social, cultural, colectiva, asistencial, entre otros, surge la idea del Estado Social de Derecho; fórmula que se instauró dentro de las distintas constituciones que se adoptaron desde el siglo XX, siendo Colombia uno de los ejemplos, pues dentro de la Constitución Política de 1991 se hizo lo propio.

Sobre lo anterior, reconocidos tratadistas como Manuel Fernando Quinche Ramírez han indicado que “la Carta de 1991 estableció, según el modelo de las constituciones alemana y española, como elemento fundante al Estado social de derecho, desplazando así la condición del Estado de derecho” (Quinche, 2020). Del mismo modo, Vladimiro Naranjo Mesa apunta que “haciendo eco a las nuevas corrientes del constitucionalismo, el constituyente de 1991 introdujo en nuestro máximo estatuto el concepto de Estado social de derecho” (Naranjo, 2018). Igualmente, Iván Vila Casado señala que la introducción del Estado social de Derecho en la Constitución Política de 1991 se da como consecuencia de la crisis que a nivel global estaba representando el Estado de Derecho para distintos Estados, siendo necesario dotar de un componente social a la constitución, tal como lo hizo, Alemania con la Ley Fundamental de Bonn de 1949, o España con la Constitución de 1978 (Vila Casado, 2021).

Ahora bien, hablar del Estado Social de Derecho colombiano, como lo explica la Corte Constitucional desde sus primeras sentencias, tiene una incidencia en la organización sociopolítica del país que puede ser descrita desde dos puntos de vista: uno cuantitativo, representado por el Estado de bienestar; y otro, cualitativo, explicado a partir del Estado constitucional democrático. El primero de ellos, es aquel que se caracteriza por garantizar unas condiciones mínimas laborales y asistenciales, tales como: alimentación, salud o educación, bajo la concepción de prerrogativas que se le conceden al ser humano para la garantía de su dignidad humana, y no, como simple actos de caridad; mientras el segundo, se manifiesta, entre otras cosas, por establecer instrumentos de democracia

participativa, para el control político y jurídico hacia las personas que ostentan el poder público, pero, más importante aún, con la creación de unos principios y derechos fundamentales que servirán como orientadores de la interpretación jurídica y de la manera en que funcionará la organización política del Estado (Sentencia T-406, 1992).

Bajo los anteriores lineamientos, se puede afirmar que el Estado Social de Derecho es una sumatoria del denominado Estado bienestar y el Estado constitucional democrático. Según los postulados de este último, el ordenamiento jurídico debe estar cimentado en un catálogo de principios y de derechos fundamentales que marcan el camino a seguir para las autoridades y para la sociedad en general. En efecto, Colombia dentro de su Constitución Política ha establecido unos principios fundantes que orientan el funcionamiento del Estado y la aplicación de todas las normas jurídicas: el respeto a la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, y la prevalencia del interés general.

Pero también, dentro de la misma Constitución Política de 1991 se han fijado ciertos principios aplicables para ámbitos específicos del Derecho. Por ejemplo, dentro del artículo 53 superior se consagran los principios mínimos fundamentales del trabajo, a saber:

- El mínimo vital y móvil.
- Estabilidad laboral.
- Igualdad de oportunidades para todos los trabajadores.
- La imposibilidad de renunciar a beneficios mínimos concedidos por la ley laboral.
- Transacción y conciliación respecto a derechos inciertos y discutibles.
- Situación más favorable para el trabajador.
- Primacía o prevalencia de la realidad de la relación laboral sobre las simples formalidades que la rodeen.
- Garantía a estar afiliado y recibir los beneficios propios de la seguridad social.
- El derecho al descanso obligatorio y remunerado.
- Protección prevalente a la mujer, a aquellas en etapa de gestación, y al trabajador cuando sea menor de edad.

Así mismo, en el Estado Social de Derecho colombiano, se crea la figura de la Corte Constitucional como garante e intérprete máximo del texto de la Constitución Política de 1991. Dicho Tribunal, dentro de su jurisprudencia ha logrado visibilizar ciertos principios, que si bien, no se aprecian en el contenido literal de la Carta, se desprenden de un análisis integral de la misma. Siguiendo la misma línea explicativa sobre los principios aplicables al derecho del trabajo, se puede destacar la consagración del principio de progresividad dentro del precedente del Máximo Tribunal de la Jurisdicción Constitucional; dicho principio comprende el objeto central del presente capítulo.

Entonces, con todo lo dicho anteriormente, se puede concluir que el tránsito del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho representó para Colombia la adopción de una nueva forma de Estado caracterizada por la obligación de garantizar unos derechos económicos, sociales, culturales, asistenciales, a toda la población, en donde el ordenamiento jurídico estará cimentado en unos principios que marcan el camino a seguir para las autoridades y la sociedad, creados dentro del mismo texto constitucional o a partir de las interpretaciones de la Corte Constitucional, que son aplicables para las distintas áreas del Derecho, incluida la laboral, en donde, entre otros, se creó el denominado principio de progresividad.

1.2. Conceptualización del principio de progresividad.

El principio de progresividad es una herramienta que se deriva del ordenamiento superior, esto es, de la misma Constitución Política de 1991, para la protección y garantía de los derechos humanos, pero también de los denominados DESC – derechos económicos, sociales y culturales. Por medio de este principio se establece una prohibición para las autoridades públicas relacionada con evitar el desmejoramiento de los derechos otorgados previamente a los ciudadanos en las distintas esferas de la vida.

Sobre el particular, autores como Sergio Andrés Giraldo Galeano han explicado que el principio de progresividad se visualiza como una garantía encaminada a proteger los derechos humanos, de manera puntual, los llamados derechos económicos, sociales y culturales – DESC-. La función principal de este principio, de acuerdo con el referido autor, consiste en evitar el desmejoramiento o la disminución de las condiciones de vida digna logradas por la sociedad producto de sus luchas históricas. En efecto, se visibiliza como una herramienta útil desde dos vertientes: por un lado, posibilita la implementación de políticas, estrategias y programas que materialicen los derechos fundamentales; y, por otra parte, es un mecanismo hermenéutico necesario para analizar aquellas normas jurídicas que configuren retrocesos frente a los derechos concedidos previamente (Giraldo, 2023).

Los postulados de este principio, como se mencionó, son aplicables a los derechos económicos, sociales y culturales. Así, se ha entendido que su ámbito de protección se extiende también para cobijar las garantías laborales obtenidas por los trabajadores tanto del sector público, como del privado en Colombia. En tal sentido, la Corte Constitucional al referirse al principio de progresividad, ha explicado que el mismo está atado a la garantía no regresividad, lo cual, consta de dos obligaciones para el Estado en lo atinente a las prestaciones concedidas a los trabajadores: i) continuar con el aumento de las prerrogativas y el ámbito de efectividad del derecho; y ii) no disminuir los niveles de garantías alcanzadas previamente (Sentencia C-046, 2018).

Ahora bien, en el entendido que, el derecho a la seguridad social es una de las más grandes conquistas del derecho laboral en favor de los trabajadores, el Tribunal de Cierre de la Jurisdicción Constitucional ha establecido que el principio de progresividad es aplicable también para las garantías concedidas en este ámbito, como lo puede ser, lo atinente a los derechos pensionales. En efecto, dentro de la Sentencia T-826 de 2014, la Corte indicó que el principio de progresividad se configura como una obligación en cabeza del Estado por virtud de los mandatos constitucionales e internacionales que cobijan la materia, según el cual, cada reforma legislativa que se implemente, debe ampliar la cobertura y la calidad de la seguridad social para todas las personas (Sentencia T-826, 2014). En consecuencia, está prohibido, tanto para el legislador, como para las demás ramas que ejercen función pública, imponer situaciones que se configuren como regresivas para los derechos obtenidos en materia de seguridad social para los trabajadores, so pena de considerarse su inconstitucionalidad, salvo que dicha medida pueda ser justificada conforme al principio de proporcionalidad.

1.3. Los fundamentos jurídicos que determinan la existencia del principio de progresividad en materia laboral en Colombia.

El artículo 48 de la Constitución Política de 1991 impone la obligación al Estado de ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social en el país. A raíz, de esta disposición de carácter constitucional, la Corte ha dado aplicación al mencionado principio de progresividad. Así mismo, existen instrumentos internacionales ratificados por Colombia que han obligado al Estado para materializar este principio, en tal sentido se puede ubicar el artículo 26 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos que señala el compromiso que adquieren los Estados partes para adoptar providencias encaminadas a lograr de manera progresiva la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales reconocidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (Convención Americana Sobre Derechos Humanos, 1978).

Del mismo modo, a través del numeral 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), los distintos Estados que suscribieron dicho instrumento, se comprometieron a buscar, por todos los medios posibles, especialmente, mediante la implementación de medidas de carácter legislativo, la efectividad progresiva de los derechos (PIDESC, 1976).

Entonces, para hablar de los fundamentos jurídicos que determinan la existencia del principio de progresividad en materia laboral en Colombia debe indicarse que éste tiene un origen constitucional, si se observa el artículo 48 superior. Pero también está determinado por normas que integran el bloque de constitucionalidad, como lo son, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). En virtud de lo anterior, como lo señala el

autor Sergio Andrés Giraldo Galeano, toda normatividad en materia de Derechos Humanos que cobijen el principio de progresividad, es de obligatorio cumplimiento por parte de las autoridades en Colombia al integrar el bloque de constitucionalidad (Giraldo, 2023).

La normatividad referida en los párrafos precedentes, si bien, ha sido establecida de manera general para todos los derechos sociales, económicos y culturales, desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha resaltado su aplicabilidad para el ámbito específico del derecho laboral, en especial, para las prerrogativas propias de la seguridad social.

Así, en aras de aportar unos fundamentos jurisprudenciales que determinan la existencia y aplicación del principio de progresividad en Colombia para casos concretos, se pueden destacar los siguientes pronunciamientos que provienen de la Corte Constitucional:

Sentencia	Magistrado ponente	Consideraciones
C-671 de 2002	Eduardo Montealegre Lynett.	El principio de progresividad, es un mandato consistente en que, cuando se alcance un determinado nivel de protección respecto a algún derecho social, al legislador se le prohíbe disminuirla; pues tal retroceso, sería considerado inconstitucional (Sentencia C-671, 2002).
C-038 de 2004	Eduardo Montealegre Lynett.	Dentro de esta sentencia, la Corte recordó las facultades del legislador en las reformas labores, indicando que estas no pueden desconocer derechos adquiridos por los trabajadores, y, adicionalmente, deben respetar los principios constitucionales establecidos en el artículo 53 Superior. En todo caso, las medidas que adopte el legislador, se deben soportar en el principio de proporcionalidad” (Sentencia C-038, 2004).
C-991 de 2004	Marco Gerardo Monroy Cabra.	Se reconoce la existencia de un mandato de desarrollo progresivo para los derechos laborales y la seguridad social, los cuales, al alcanzar un determinado avance en su protección, <i>prima facie</i> , se encuentra prohibido el retroceso.

C-228 de 2011	Juan Carlos Henao Pérez.	Dentro de esta sentencia se aborda la temática del principio de progresividad, en el ámbito específico de las pensiones. La Corte Constitucional fijó como regla una presunción de inconstitucionalidad de las reformas legislativas que constituyan regresiones a los derechos pensionales reconocidos a los trabajadores del país. Así mismo, indicó que es necesario utilizar el test de no regresividad para verificar la proporcionalidad de la medida tomada, a efectos, de desvirtuar dicha presunción de inconstitucionalidad. Por otra parte, resaltó que se debe valorar si los retrocesos legislativos son respecto a meras expectativas, o de verdaderos derechos adquiridos (Sentencia C-228, 2011).
C-372 de 2011	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.	El derecho al trabajo, en virtud de las disposiciones constitucionales, se considera como una faceta prestacional del derecho, en donde se puede dar aplicación al llamado principio de progresividad, que conlleva una ligada prohibición de regresión (Sentencia C-372, 2011).
C-486 de 2016	María Victoria Calle Correa.	En consonancia con la Sentencia C-372 de 2011, la Corte Constitucional, recordó que el principio de progresividad conlleva la prohibición de retroceso o de regresión. Este mandato consiste en que está proscrito para el Estado la adopción de medidas que menoscaben los contenidos prestacionales de los derechos constitucionales y convencionales adquiridos, pues es arbitrario retroceder de manera deliberada en las garantías que se otorgaron, en este caso, a los trabajadores (Sentencia C-486, 2016).

C-046 de 2018	Gloria Stella Ortiz Delgado.	Señala la Corte que la prohibición de regresividad se relaciona directamente con el principio de confianza legítima. Bajo ese entendido, las autoridades no podrán variar abruptamente el rumbo tomado para la garantía de los derechos, optando de manera deliberada por disminuir sus prerrogativas (Sentencia C-046, 2018).
----------------------	------------------------------	--

Tabla No. 1. Sentencias de la Corte Constitucional relacionadas con el principio de progresividad en materia de derechos laborales. Elaboración propia.

Por otra parte, en concordancia con las prerrogativas constitucionales, y con el derecho internacional de los Derechos Humanos, en el ámbito legal se puede apreciar que también está consagrado el principio de progresividad para las relaciones laborales. Por ejemplo, la Ley 100 de 1993 establece como uno de los objetos del Sistema General de Pensiones, procurar por la ampliación progresiva de la cobertura en dicho sistema. Así mismo, en el artículo 2 ibidem se fijan los principios que regirán el Sistema de Seguridad Social Integral, indicando que se deberá desarrollar en forma progresiva.

1.4. Consecuencias derivadas de la inaplicabilidad del principio de progresividad en el sistema pensional.

Llegado a este punto, se puede concluir que el principio de progresividad es una manifestación de las garantías integradas al ordenamiento jurídico colombiano a través del bloque de constitucionalidad, pues está consagrado en instrumentos internacionales que cobijan Derechos Humanos. Bajo esta premisa, es oportuno afirmar que cualquier norma, providencia, o situación fáctica que implique un retroceso para las garantías previamente concedidas en el ámbito laboral y pensional a los trabajadores, está viciada de inconstitucionalidad al vulnerar esas disposiciones que hacen parte del bloque de constitucionalidad, al artículo 48 superior, a las disposiciones que garantizan este principio dentro de la Ley 100 de 1993, e incluso a las mismas sentencias de la Corte Constitucional.

No obstante, como se ha evidenciado en el desarrollo de la teoría del Derecho, los principios constitucionales, en casos concretos pueden entrar en conflicto con otros principios, situación que, de alguna manera, limita su aplicabilidad. En tal medida, el principio de progresividad en materia laboral no es ajeno de entrar en colisión con otros principios constitucionales, que hacen viable su limitación o inaplicación, según el caso, como ha ocurrido con el denominado principio de sostenibilidad fiscal. Sin embargo, la Corte Constitucional ha fijado la obligación de utilizar el llamado test de no regresividad a la hora de valorar un posible retroceso de las garantías laborales, a través de cual se

debe analizar si la respectiva reforma adquiere las características de ser justa, equitativa, proporcional y razonable, prohibiendo de esa manera, modificaciones legislativas abruptas que adopten medidas arbitrarias y regresivas en el tema de las pensiones (Sentencia C-228, 2011).

Sobre el mencionado test de no regresividad se profundizará en los capítulos subsiguientes, a efectos de lograr modular el principio de progresividad con el de sostenibilidad fiscal en las decisiones sobre reliquidación de la pensión de jubilación emitidas por el Consejo de Estado, no sin antes entrar a estudiar el desarrollo del principio de sostenibilidad fiscal en el ordenamiento jurídico colombiano en el capítulo subsiguiente.

CAPÍTULO II. EL DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FISCAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.

Una vez estudiado el principio de progresividad en materia de derechos laborales, resulta pertinente abordar el principio que se presenta como antagónico dentro de esta investigación, es decir, el de sostenibilidad fiscal. Para tal efecto, este capítulo estará dividido en tres ítems: inicialmente, se buscará conceptualizar el principio de sostenibilidad fiscal; a continuación, se expondrán los fundamentos constitucionales que determinan su existencia en el ordenamiento jurídico colombiano; y, finalmente, se precisará cuál es su verdadera naturaleza jurídica.

2.1. Conceptualización del principio de sostenibilidad fiscal.

En términos generales, hablar de sostenibilidad fiscal, hace referencia a la capacidad que tiene el Estado para atender el pago de las obligaciones adquiridas respecto a sus asociados, así como de las deudas contraídas con entidades públicas o privadas del orden nacional o internacional. Capacidad de pago que debe ser sostenible a largo plazo.

Ahora bien, aportar una definición precisa sobre este término, resulta dificultoso, pues, según lo explica la Corte Constitucional en la Sentencia C-322 de 2021, no existe un concepto unívoco sobre la sostenibilidad fiscal. No obstante, dentro de la mencionada providencia, dicho Tribunal ofreció una noción al respecto, indicando que es un instrumento indispensable para que el Estado logre la finalidad de mantener una disciplina o solvencia en materia económica, que minimice las posibilidades de existir déficits fiscales, que comprometan la estabilidad de las finanzas del Estado, y, en consecuencia, la garantía de los derechos y fines que está llamado a cumplir (Sentencia C-322, 2021).

Siguiendo en esta línea, el Consejo de Estado dentro su jurisprudencia también ha aportado nociones sobre el concepto de sostenibilidad fiscal, por ejemplo, mediante sentencia del 3 de febrero de 2021, proferida por la Sección Segunda, lo definió como una herramienta para el control fiscal, que contribuye para hacer sostenibles a largo plazo las finanzas de la Nación y sus distintos entes, impactando positivamente en lograr una estabilidad macroeconómico, gracias a una distribución racional del gasto y de los recursos públicos, y a una reiterada y constante revisión de los criterios de rentabilidad, sostenibilidad y conveniencia. Así las cosas, con la sostenibilidad fiscal se busca la materialización de la prevalencia del interés general sobre el particular, obligación contenida en la misma Carta Política (Sentencia nulidad 4473, 2021).

A la par del desarrollo jurisprudencial, el concepto de sostenibilidad fiscal también ha encontrado cimientos doctrinales. Verbigracia, el autor Jaime Ramírez Plazas, resalta que es una temática que interesa para lograr la estabilidad macroeconómica de los Estados, al ser un mecanismo que contribuye para conservar la capacidad de pago de las deudas públicas (Ramírez, 2012). Bajo ese entendido, la sostenibilidad fiscal es un mecanismo que procura para la solvencia económica del Estado.

En ese mismo sentido, Guerrero Vinueza apunta que el referido concepto, se relaciona con una herramienta o mecanismo destinado a mantener a largo plazo un equilibrio entre lo que obtiene y lo que gasta el Estado (Guerrero, 2012).

De manera similar, Romero citado por Sánchez, Ricaurte y Castillo considera que hablar del concepto de sostenibilidad fiscal hace referencia a la obligación de regular el gasto público, a efectos que este no crezca más que los ingresos que tiene el Estado, limitando la capacidad de pago de sus acreencias (Sánchez, Ricaurte & Castillo, 2012).

Así las cosas, en aras de aportar una conceptualización sobre sostenibilidad fiscal, más allá que la Corte Constitucional haya considerado la inexistencia de un concepto unívoco, de las nociones doctrinales y jurisprudenciales expuestas anteriormente, se pueden extraer elementos comunes para tal fin, a saber: i) es un mecanismo que asegura la solvencia económica del Estado; ii) es un criterio que permite controlar los gastos del Estado, de manera tal que no superen ostensiblemente sus ingresos obtenidos y proyectados; iii) sirve para asegurar el pago de las acreencias sociales y deudas adquiridas en cabeza del Estado a largo plazo; iv) es una herramienta que permite satisfacer el principio fundante del Estado social de Derecho de la prevalencia del interés general.

2.2. Fundamentos constitucionales que determinan la existencia del principio de sostenibilidad fiscal.

Si se realiza una revisión al articulado original que contenía la Constitución Política de 1991 no se visualiza la consagración del principio de sostenibilidad fiscal. Así, es dable concluir que el constituyente en ese entonces no preveía la necesidad de instaurar una norma de carácter constitucional que fijara la obligación para las distintas autoridades de tomar como criterio orientador de sus actuaciones, un principio que sirviera de base para no comprometer deliberadamente el patrimonio público, ni la solvencia económica del Estado.

Esta situación cambió en el año 2011, con la reforma constitucional introducida a través del Acto Legislativo No. 03 de dicha anualidad. Las novedades que representó la inclusión de este principio en el articulado de la Constitución Política, se detallan a continuación:

Artículo del acto legislativo	Norma constitucional que modifica	Modificación
Artículo 1	Artículo 334	Se establece que la sostenibilidad fiscal debe ser entendida como un criterio encaminado a orientar las acciones de las Ramas y Órganos que integran el Poder Público, en aras de lograr progresivamente los fines establecidos en la Constitución Política para el Estado Colombiano.
		Se introduce dentro del ordenamiento jurídico colombiano, el denominado incidente de impacto fiscal, como un mecanismo para modular, modificar o diferir los efectos de las sentencias proferidas por la Rama Judicial que condenen a una entidad pública, cuando impacten de manera considerable las finanzas del Estado.
Artículo 2	Artículo 339	Se fija la obligación de adoptar un plan de inversiones públicas, dentro del Plan Nacional de Desarrollo, el cual contendrá los presupuestos de los programas y proyectos que ejecutará el Estado, así como los recursos financieros necesarios

		para su estructuración. Todo lo anterior, dentro un marco de sostenibilidad fiscal.
Artículo 3	Artículo 346	Se establece la obligación para el Gobierno Nacional de presentar ante el Congreso de la República el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, dentro de los 10 primeros días de cada legislatura. Este documento deberá elaborarse, presentarse y aprobarse teniendo en cuenta la sostenibilidad fiscal.

Tabla No. 2. Modificaciones del Acto Legislativo No. 03 de 2011 a la Constitución Política. Elaboración propia.

Las modificaciones descritas anteriormente obedecieron a la preocupación del Gobierno colombiano de la época, representado por el presidente Juan Manuel Santos Calderón, sobre el impacto que estaban teniendo en las finanzas públicas algunas decisiones de la Rama Judicial en que se obligaba a la Nación a pagar importantes sumas de dinero, o en medidas adoptadas por el Congreso de la República para el reconocimiento de derechos sociales que involucraban esfuerzos económicos desmedidos para la capacidad financiera del Estado.

Sobre el particular, el autor Germán López Daza explica que, para esa época, era especial la preocupación del Gobierno Colombiano por el rumbo que estaba tomando la denominada judicialización de los derechos sociales, y el impacto que tenía este fenómeno en el presupuesto general de la Nación. En tal sentido, dentro del proyecto inicial del Acto Legislativo No. 03 de 2011, se convocó a todas las ramas y órganos que integran el poder público, para que colaboraran de manera armónica con el cumplimiento del derecho a la sostenibilidad fiscal. Del mismo modo, se hizo el llamado al Congreso de la República para que, a la hora de determinar el alcance de los derechos sociales y económicos que fuera a reconocer por medio de la ley, tuviera en cuenta las condiciones de sostenibilidad fiscal (López, 2012).

Como es natural, una reforma constitucional que involucraría limitaciones a la manera en que las ramas del poder público reconocen derechos, sería estudiada por la Corte Constitucional. En efecto, a través de la Sentencia C-288 de 2012, dicho Tribunal resolvió una demanda presentada en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, en donde se solicitaba la declaratoria de inexequibilidad del Acto Legislativo 3 de 2011, por considerar que sus disposiciones no reformaban, sino que sustituían la Constitución, toda vez que impuso obstáculos para la materialización de los derechos fundamentales y se inmiscuyó en la manera en que los Jueces debían administrar justicia.

En esa oportunidad, la Corte Constitucional desestimó los argumentos del actor, declarando la exequibilidad del acto legislativo No. 3 de 2011, con base en los siguientes argumentos: sostuvo que, con el acto legislativo acusado, de ninguna manera se soslayan elementos definitorios de la Constitución Política, como la cláusula del Estado Social de Derecho, ni la separación de poderes, ni tampoco la vigencia de los derechos fundamentales. Por el contrario, el criterio orientador de la sostenibilidad fiscal se presenta como una herramienta que se incorpora a la Carta con la finalidad de garantizar universalmente, no solo el disfrute de los derechos fundamentales, sino de todos aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico. Del mismo modo, apuntó que este criterio está supeditado al cumplimiento de los propósitos esenciales del Estado social de Derecho. En ese orden de ideas, la Corte terminó desestimando los argumentos del actor sobre la sustitución de la Constitución que se configuraba con la vigencia de dicho acto legislativo (Sentencia C-288, 2012).

De ese modo, con la declaratoria de exequibilidad del Acto Legislativo No. 3 de 2011 quedó ratificada la inclusión de la sostenibilidad fiscal en el texto constitucional, pues las decisiones tomadas por la Corte Constitucional dentro de la Sentencia C-288 de 2012 hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Vale la pena mencionar que, previo a la emisión de la citada providencia, el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Constitucional se había declarado inhibido para pronunciarse sobre la exequibilidad de dicha normatividad, a través de la sentencia C-132 de 2012.

En este punto, para hablar de fundamentos jurídicos que determinan la existencia del principio de sostenibilidad fiscal, se puede concluir que los mismos se introducen al orden constitucional colombiano, en primer medida, por medio del Acto Legislativo No. 3 del 2011, que modificó los artículos 334, 339 y 346 de la Constitución Política de 1991; y, en un segundo momento, con la exequibilidad de dicha normatividad declarada en la Sentencia C-288 de 2012.

Pero, debe destacarse que el desarrollo jurisprudencial del principio de sostenibilidad fiscal no está sustentado únicamente en la mencionada sentencia, sino que la Corte Constitucional ha emitido con posterioridad distintos pronunciamientos sobre la materia, que representaron su afianzamiento como criterio orientador de las actuaciones de las autoridades públicas. Dichas providencias se detallan a continuación:

Sentencia	Magistrado ponente	Aportes
C-1052 de 2012.	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.	Se precisa que en el marco de las reformas introducidas por el Acto Legislativo No. 03 del 2011, era

		indispensable que el Congreso de la República expidiera una legislación que reglara el trámite del incidente de impacto fiscal, como una herramienta que asegura la materialización de la sostenibilidad fiscal.
C-753 de 2013.	Mauricio González Cuervo.	Con base en las mismas disposiciones del Acto Legislativo No. 03 de 2011, se recuerda que la sostenibilidad fiscal no es un criterio que pueda servir de excusa para limitar o restringir derechos fundamentales. Igualmente, se resalta que la sostenibilidad fiscal no es principio constitucional.
C-870 de 2014.	Luis Guillermo Guerrero Pérez.	Se establece que recurrir al trámite del incidente de impacto fiscal resulta improcedente en tratándose del escenario de una acción de tutela, toda vez que el mecanismo constitucional de amparo, es objeto de regulación por medio de una ley estatutaria. Por otra parte, con base en la Sentencia C-288 de 2012, la Corte reitera que la sostenibilidad fiscal no se puede catalogar como un derecho colectivo, como aquellos consagrados en la Ley 472 de 1998, ni, mucho menos, como un principio constitucional, que se pueda o deba ponderar y/o optimizar en casos concretos respecto a aquellos que si tienen ese carácter en la Constitución Política (Sentencia C-870, 2014).
C-209 de 2016.	Jorge Iván Palacio Palacio.	Señala la Corte que la facultad que tiene el Congreso para imponer tributos, debe realizarse en un marco

		de sostenibilidad fiscal, que permita al Estado alcanzar de manera progresiva sus objetivos.
C-093 de 2018.	José Fernando Reyes Cuartas, Gloria Stella Ortiz Delgado.	Se reitera que de ninguna manera, aplicar la sostenibilidad fiscal, se puede convertir en una excusa que se invoca por las autoridades, independientemente de la Rama en que se ubiquen, para terminar menoscabando los derechos fundamentales de las personas.
C-405 de 2020.	Alejandro Linares Cantillo.	Argumenta la Corte que la sostenibilidad fiscal es un “elemento instrumental o un medio y no un fin en sí mismo” (Sentencia C-405, 2020). Bajo ese entendido, este principio debe ser considerado como un mecanismo para lograr los fines del Estado, más no, un fin del Estado en sí mismo.
C-322 de 2021.	Alejandro Linares Cantillo.	La Corte establece que la sostenibilidad fiscal, de acuerdo a los parámetros de la Constitución Política, es un criterio orientador, pero, de ninguna manera se puede equiparar a alguno de los principios que cimentan el Estado Social de Derecho colombiano (Sentencia C-322, 2021).
C-075 de 2022.	Alejandro Linares Cantillo.	La sostenibilidad fiscal es un parámetro que busca impedir que las finanzas públicas se afecten con medidas legislativas desproporcionadas, pues de tal manera, se afectaría el funcionamiento del Estado y el cumplimiento de sus fines.

Tabla No. 3. Sentencias de la Corte Constitucional sobre el principio de sostenibilidad fiscal. Elaboración propia.

De ese modo, se encuentra un importante desarrollo jurisprudencial del principio de sostenibilidad fiscal, pero también se logra evidenciar la tendencia de la Corte Constitucional para no considerarlo como un principio que fundamenta el Estado Social de Derecho colombiano, sino más bien como un instrumento para alcanzar los fines del mismo. En tal sentido, se suscita un debate que se ha extendido al ámbito doctrinal sobre su verdadera naturaleza jurídica.

2.3 Naturaleza jurídica del principio de sostenibilidad fiscal.

Si se observa el encabezamiento del Acto Legislativo No. 03 de 2011 es dable concluir que la sostenibilidad fiscal es un principio constitucional, pues literalmente se fijó que a través de esa normatividad “se establece el principio de la sostenibilidad fiscal” dentro de la Constitución Política de 1991. Pero, la Corte Constitucional dentro de la misma sentencia que estudió la exequibilidad del mencionado acto legislativo, como lo fue la C-288 de 2012, argumentó que la sostenibilidad fiscal “no es un principio constitucional, sino una herramienta para la consecución de los fines del ESDD” (Sentencia C-288, 2012).

La anterior postura, sería posteriormente reiterada en la Sentencia C-753 de 2013, y en la Sentencia C-870 de 2014, en donde se señaló que la sostenibilidad fiscal no puede equipararse con los derechos colectivos, ni mucho menos llegar a categorizarse como un principio constitucional, con la característica de ser ponderado con los demás que si están previstos dentro de esa categoría en la Constitución (Sentencia C-870, 2014). Esta posición no fue dejada de lado dentro del precedente constitucional, sino que, por el contrario, adquirió protagonismo con el paso de los años. Verbigracia, en la Sentencia C-322 de 2021, se puntualizó que, aún cuando en el Acto Legislativo No. 03 de 2011 la sostenibilidad fiscal era catalogada como principio, lo cierto es que, no es válido que se calificara de tal manera, ni tampoco como un derecho fundamental, pues, de ese modo, se estaría sustituyendo la Constitución Política, especialmente, el elemento definitorio del Estado Social de Derecho (Sentencia C-322, 2021).

Estas mismas consideraciones han hecho eco en la doctrina. Por ejemplo, el autor Álvaro Pío Guerrero Vinuesa sostiene que es problemática la categorización de la sostenibilidad fiscal como principio constitucional, pues tal situación está en contravía de verdaderos principios constitucionales reconocidos históricamente dentro del ordenamiento superior, como la separación de poderes, la progresividad de los derechos sociales, económicos y culturales, la independencia de los Jueces, la seguridad jurídica, la garantía plena de los derechos humanos; circunstancia que, a su juicio, sustituye la Constitución, e incluso vulnera los valores que deben irradiar el ordenamiento jurídico colombiano (Guerrero, 2012).

Existen posturas aún más radicales como la del autor Germán López Daza, quien califica como un simple experimento la intención de categorizar la sostenibilidad fiscal como un principio constitucional. Sobre el particular, considera que esta figura solo está presente en las constituciones de un número muy mínimo de Estados, verbigracia: Brasil, Alemania, Suiza o Polonia. A raíz de las citadas experiencias, indica que, Colombia quiso ensayar fijando la sostenibilidad fiscal en el rango de principio superior, sin tener en cuenta, que solo es una herramienta para controlar el gasto público, y que, para tales efectos, ya existían otros mecanismos en el país (López, 2012).

Ahora bien, autores como Sánchez, Ricaurte & Castillo lograron perpetrar hasta la raíz del problema, y dentro de la investigación denominada “Compatibilidad del principio de sostenibilidad fiscal y el concepto de Estado Social de Derecho en Colombia”, determinaron que en el Acto Legislativo No. 3 de 2011 originalmente se señalaba que la sostenibilidad fiscal era un derecho, situación que fue objeto de variaciones, pues posteriormente se visibilizaba dentro de su encabezamiento la categoría de principio; y, finalmente, en el séptimo debate, el Senado modificó tal expresión por la palabra “criterio” (Sánchez, Ricaurte & Castillo, 2012).

En este orden de ideas, la voluntad del legislador a la hora de modificar la constitución e incluir la sostenibilidad fiscal dentro del articulado de la Carta, era la de establecerla como un criterio para el accionar de las autoridades. Sin embargo, por errores en el proceso de publicación por parte del Ejecutivo, quedó en firme la palabra “principio”. De ahí que, en la práctica, se haya considerado a la sostenibilidad fiscal como un principio constitucional, aspecto que resulta erróneo, de acuerdo con lo expuesto anteriormente.

Las falencias descritas en los párrafos que preceden sobre el proceso de publicación del Acto Legislativo No. 3 de 2011, son sintetizadas por los autores Sánchez, Ricaurte & Castillo, en los siguientes términos: originalmente, el proyecto del acto legislativo, concebía a la sostenibilidad fiscal como un derecho, aspecto que era problemático, pues su concepto no es compatible con la noción de un derecho. Por tanto, fue cambiada su categoría en debates posteriores, a principio. Esta decisión fue controversial también, ya que, los principios jurídicamente son más fuertes que los derechos. Lo anterior, conllevó a establecerlo como criterio. Pero por falencias comunicativas entre el Congreso de la República y la Presidencia, quedó consignada y publicada la palabra “principio”, en lugar de “criterio”, que era lo realmente válido (Sánchez, Ricaurte & Castillo, 2012).

Ahora, si bien en el curso del presente trabajo de investigación se había caracterizado la sostenibilidad fiscal como un principio, llegado a este punto, se puede concluir que no lo es. En efecto, el precedente de la Corte Constitucional al interpretar el contenido de la Carta Política, es contundente al afirmar que es un criterio, herramienta o instrumento para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho, pero, de ninguna manera, un

principio constitucional. Aunado a lo anterior, se logra determinar que la denominación de principio obedeció a un error del ejecutivo a la hora de publicar el Acto Legislativo, y que la verdadera voluntad del Congreso de la República al incluir la sostenibilidad fiscal en el texto superior, era la de establecerla como un criterio.

Así las cosas, se logra finalizar el presente capítulo, en donde se conceptualizó la sostenibilidad fiscal, se expuso los fundamentos constitucionales que determinan su existencia en el ordenamiento jurídico colombiano, y se precisó su verdadera naturaleza jurídica, concluyendo que, aunque en la cotidianidad se ha equiparado a un principio constitucional, técnicamente no lo es, pues solo se trata de un criterio orientador para las actividades de las autoridades. Bajo ese entendido, no podrá desconocer, ni entrar en ponderación con verdaderos principios constitucionales, ni mucho menos, menoscabar derechos fundamentales.

CAPÍTULO III. LAS PRINCIPALES DECISIONES TOMADAS POR EL CONSEJO DE ESTADO EN RELACIÓN CON RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN, Y SUS CRITERIOS ORIENTADORES.

Una vez detalladas las distintas particularidades que rodean el desarrollo del principio de progresividad en materia de derechos laborales, y del criterio de sostenibilidad fiscal, resulta pertinente, en aras de dar solución al problema de investigación planteado sobre el alcance que tienen estos dos ítems en las decisiones emitidas por el Consejo de Estado sobre reliquidación de la pensión de jubilación, entrar a identificar cuáles fueron las principales decisiones tomadas por dicho Tribunal sobre la materia, y los criterios orientadores de las mismas.

Para efectos de lo anterior, el plan de redacción del presente capítulo estará desarrollado en cuatro subtítulos: en primer lugar, se presentará a manera de antecedente las tensiones que enfrentó la jurisprudencia del Consejo de Estado con la de la Corte Constitucional sobre los factores salariales que debían incluirse para liquidar la pensión de jubilación. A continuación, se detallarán en dos títulos separados dos sentencias de unificación de relevancia sobre la materia: la del 4 de agosto de 2010, y la del 28 de agosto de 2018. Finalmente, se expondrán argumentos críticos sobre las decisiones vigentes en materia de reliquidación de la pensión de jubilación del Consejo de Estado.

3.1 Las tensiones de la jurisprudencia del Consejo de Estado con la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de reliquidación de pensión de jubilación.

De acuerdo con diversos autores, el tema de la reliquidación de la pensión de jubilación para los pensionados del sector público, que no están incluidos en algún régimen

especial, fue un asunto conflictivo entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, al manejar posturas distintas en momentos determinados sobre los factores salariales que debían incluirse como base de liquidación para aquellas personas beneficiarias del régimen de transición. Esta tensión fue identificable, por lo menos, desde el año 2013 con la emisión de la Sentencia C-258 por parte de la Corte Constitucional.

Sobre el particular, los autores Rojas, Flórez & Navarro explican que en el país, con la emisión de la Sentencia C-258 de 2013, las personas pensionadas en el sector público, no incluidas en regímenes especiales, beneficiarias del régimen de transición, se vieron considerablemente afectadas por el “choque de trenes” surgido entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en la temática relacionada con la reliquidación pensional. Tal circunstancia, conduciría, de acuerdo con los mencionados doctrinantes, a presenciar dos problemáticas trascendentales: en primer lugar, falta de unificación de criterios dentro de la jurisprudencia, no solo del Consejo de Estado, sino de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en general; y, por otra parte, situaciones de desigualdad para los pensionados que pretendía la reliquidación (Rojas, Flórez & Navarro, 2018).

En efecto, la falta de concordancia entre la jurisprudencia de uno y otro órgano de cierre, generó una evidente inseguridad jurídica para aquellas personas que prestaron sus servicios en el sector público y aspiraban al reconocimiento o reajuste de su pensión de jubilación. Esa divergencia que existía a partir del año 2013 entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional se puede resumir de la siguiente manera:

Órgano de cierre	Corte Constitucional	Consejo de Estado
Sentencia destacada	Sentencia C-258 de 2013.	Sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010, siendo su Consejero Ponente, Víctor Hernando Alvarado Ardila.
Decisión	La pensión de jubilación se debía liquidar con el ingreso consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, teniendo en cuenta los factores salariales cotizados durante los últimos 10 años de servicio.	La liquidación de la pensión de jubilación debía realizarse con base en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, es decir, tomando los factores percibidos por el trabajador en su último año de servicio.
Criterio orientador	Proteger la sostenibilidad fiscal del Estado colombiano.	Proteger los derechos adquiridos por el trabajador, seguridad jurídica,

	progresividad y la favorabilidad en materia laboral.
--	--

Tabla No. 4. Diferencias entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre la reliquidación de la pensión de jubilación. Elaboración propia.

Como es natural, la Corte Constitucional bajo su condición de máximo intérprete de la Carta, y garante de su supremacía, terminaría por sobreponer su criterio por encima del Consejo de Estado, aún cuando el de este último órgano era más beneficioso para el trabajador del sector público. En efecto, ese “choque de trenes” finalizaría con el fallo de unificación del 28 de agosto de 2018, en donde el Máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo varió su posición y acogió la tesis de la Corte Constitucional, según la cual, en términos generales, el ingreso base será el promedio de los salarios sobre los cuales el afiliado cotizó durante los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión (Sosa Gómez, 2022).

Así las cosas, se reflejan dos momentos trascendentales en la jurisprudencia del Consejo de Estado en lo que respecta a la reliquidación de la pensión de jubilación: El primero, más garantista con el trabajador, al permitirle pensionarse con base en lo devengado en el último año de servicios, representado con la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010; y, un segundo momento, de carácter restrictivo, en donde la influencia de la Corte Constitucional lo conllevó a aplicar el criterio de sostenibilidad fiscal, representado por la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018.

Dada su relevancia en el tema objeto de estudio, a continuación, se detallarán las distintas particularidades y criterios orientadores de las mencionadas sentencias.

3.2. Sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010.

En esa oportunidad, la Sección Segunda del Consejo de Estado, decidió recurso de apelación presentado por la Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL- en contra de la sentencia del 14 de mayo de 2008 proferida por la Subsección D, de la Sección Segunda, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca; en esta última providencia, el mencionado tribunal territorial, decidió acceder a las pretensiones formuladas por el ciudadano Luis Mario Velandia, consistentes en acceder a reliquidar su pensión de jubilación conforme a los factores devengados en su último año de servicios.

La Sección Segunda del Consejo de Estado procedería a confirmar la decisión del a quo, en el sentido de considerar procedente liquidar la pensión del accionante incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, pues, bajo su juicio, ese es el verdadero alcance del artículo 3 de la Ley 33 de 1985. Precisamente,

recurriendo a una visión garantista del sistema pensional colombiano, dentro de esta sentencia se procedería a mencionar, sin ser un listado de carácter taxativo, aquellas contraprestaciones que constituirían factor salarial para la liquidación, concluyendo que, son todas las que reciba el trabajador habitual y periódicamente, como retribución directa por la prestación de sus servicios, más allá de la denominación que se les pueda otorgar. Verbigracia, el Tribunal de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo enuncia el salario, pago de trabajo dominical y festivo, horas extras, prima técnica, el pago del auxilio de transporte, bonificaciones, prima de servicios, entre otros aspectos que puedan constituir salario (Sentencia unificación, 2010).

Bajo estas consideraciones, sería factor salarial todo aquel recibido de manera habitual por el trabajador como contraprestación al servicio prestado, y, para efectos de liquidar o reliquidar su pensión, se debería tener en cuenta los factores salariales percibidos en su último año de servicio. Para llegar a tales conclusiones, el Consejo de Estado recurriría a aplicar principios constitucionales dentro de la motivación de su sentencia de unificación.

Los principios aplicados en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 se resumen a continuación:

Principio	Aplicación para el caso concreto
Progresividad	Las prerrogativas otorgadas en materia de reconocimiento de derechos sociales, económicos y culturales no pueden ser objeto de disminuciones o menoscabos; en contraposición a ello, su disfrute o rango de garantías concedidas, debe aumentarse progresivamente.
Primacía de la realidad sobre las simples formalidades.	Los componentes axiológicos, o dicho de otra manera, los valores inherentes a la Constitución Política, exigen aplicar la normatividad vigente, tomando en consideración las condiciones propias en que se llevó a cabo la actividad laboral.
Favorabilidad en materia laboral.	La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de ese mismo año, debe interpretarse de manera tal que se efectivice en una mayor proporción los derechos y garantías laborales. Bajo ese entendido, la interpretación correcta sería aquella relacionada con considerar que las referidas normas no contienen un listado taxativo de factores salariales que integran la base de liquidación pensional, contrario a ello, permiten incluir todos los factores devengados por el

	trabajador, no sin antes deducir los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.
--	--

Tabla No. 5. Principios constitucionales aplicados en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010. Elaboración propia.

De ese modo, se visualiza la importancia de los principios constitucionales en una decisión trascendental del Consejo de Estado sobre reliquidación de la pensión de jubilación, adquiriendo una notable relevancia, el de progresividad, al convertirse en criterio orientador de la expuesta sentencia de unificación.

Ahora bien, no se pasa por alto que una decisión como la tomada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, tendría un impacto en las finanzas públicas, sin embargo, la Corporación sostuvo que la protección del erario público debe armonizarse con la garantía de los derechos laborales, buscando efectivizar ambos mandatos, sin llegar a limitar o restringir de manera excesiva ninguno de ellos (Sentencia unificación, 2010).

Como es evidente, al ser una sentencia de unificación, con posterioridad las decisiones emitidas por el Consejo de Estado sobre la materia guardarían especial observancia a los lineamientos de la providencia expuesta anteriormente. Situación que terminaría variando, por la influencia ejercida desde la Corte Constitucional, que desencadenó en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018.

3.3 Sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018.

Los antecedentes de esta sentencia tienen que ver con la demanda presentada por la ciudadana Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro contra la Caja Nacional de Previsión Social EICE - en Liquidación, en ejercicio del medio de control fijado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, es decir, el de nulidad y restablecimiento del derecho; acción contenciosa que se tramitó en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Nariño. Mediante esta acción, se solicitaba, entre otras cosas, la reliquidación de la pensión de vejez de la accionante, incluyendo todos los factores salariales devengados al momento de adquirir el status pensional. Este aspecto puntual no fue accedido por el Juez de primera instancia.

En vistas de lo anterior, se presentaron recursos de apelación por ambas partes al estar inconformes con aspectos del fallo emitido por el Tribunal Administrativo de Nariño, que fue resuelto por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Cesar Palomino Cortés, a través de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, en donde se resolvió negar las pretensiones de la demanda, y unificar criterios jurisprudenciales sobre los factores salariales que deben

tenerse en cuenta para liquidar o reliquidar la pensión de jubilación, indicando que son únicamente aquellos sobre los que se haya cotizado al sistema pensional.

De tal manera, la mesada pensional que recibirían las personas a las que se le extienden los efectos de dicha sentencia, sería claramente menos cuantiosa respecto a quienes se les aplicó las disposiciones de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010. Esa determinación, según una lectura integral realizada a la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, se basó, en últimas, en la necesidad de asegurar la solvencia del sistema pensional colombiano, en la medida que, se garantizara universal y constantemente el pago a todas las personas que adquirieran el derecho.

Para llegar a estas decisiones, el Consejo de Estado tuvo como criterios orientadores el principio de solidaridad, el principio de universalidad del Sistema de Seguridad Social, y la sostenibilidad financiera, en aras de garantizar la viabilidad económica del sistema. Pero, con ello, afectaría directamente los principios cobijados en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010: progresividad, primacía de la realidad sobre las simples formalidades, favorabilidad en materia laboral, y, en últimas, todos aquellos consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política.

Sobre lo anterior, la autora Daniela Sosa Gómez destaca lo siguiente:

Así se puede deducir de la sentencia de Unificación del Consejo de Estado de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de agosto de 2018, cuando cambió su postura con relación a la aplicación del IBL y señaló que únicamente se tienen en cuenta los factores por los cuales se ha efectuado de manera efectiva la cotización; esta postura es contraria a su posicionamiento anterior que fue utilizada hasta agosto de 2018, y con ella se desconocieron los principios mínimos fundamentales descritos bajo el artículo 53 de la Constitución (Sosa, 2022).

Con posterioridad a la emisión de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, dentro de la jurisprudencia del Consejo de Estado, en tratándose de reliquidación de pensión de jubilación, imperó el criterio que para liquidar la pensión de jubilación solo debían tenerse en cuenta como factores salariales, aquellos sobre los cuales se hayan realizado aportes al sistema, dando prioridad a la necesidad de asegurar la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Verbigracia, por medio de sentencia proferida en el año 2021 por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, se estudió una demanda instaurada dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en donde la parte actora pretendía que se le reliquidara su pensión de vejez, dando

aplicación al artículo 1° de la Ley 33 de 1985 con la inclusión de los salarios devengados en el último año de servicios.

En ese evento, el Tribunal de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, confirmó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico que había negado las pretensiones de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, precisando que los factores salariales que deben incluirse para liquidar la pensión de jubilación vendrían a ser solo sobre los cuales se hubiera realizado aportes al Sistema General de Pensiones, y que estén expresamente establecidos en la ley.

Dentro de dicho fallo, sobre el principio de progresividad en materia laboral, aplicable a ese caso concreto, se puntualizó que la Sección Segunda en su precedente, ordenaba la inclusión de todos los factores salariales devengados por el servidor durante su último año de servicios, con fundamento en el mencionado principio y en el de favorabilidad; pero, para la Sala Plena, tal criterio sobrepasaba la voluntad del Congreso de la República, órgano que al legislar, determinó claramente aquellos factores que vendrían a conformar la base para la liquidación pensional, y respecto a ellos está limitada dicha base. Todo lo anterior, gracias a la amplia libertad de configuración legislativa que le compete a este órgano (Consejo de Estado, 2021).

Es decir, dejó de lado la aplicación del principio de progresividad en materia de derechos laborales, en su lugar, priorizó la necesidad de asegurar la sostenibilidad o solvencia financiera del Sistema General de Pensiones, como una manifestación del criterio de la sostenibilidad fiscal.

En tal sentido, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo consideró que incluir únicamente los factores sobre los que se realizaron aportes, no afecta las finanzas del sistema, ni pone en peligro la garantía de acceder a la pensión para el resto de colombianos, que a futuro el Estado les debe asegurar el disfrute de esta prestación. Lo anterior, coadyuvado por los de eficiencia y universalidad que emanan de la Constitución Política (Consejo de Estado, 2021).

No solo la mencionada sentencia es ejemplo de la aplicación de estos criterios, pues el precedente del Consejo de Estado, en el marco de la sentencia de unificación del 28 de agosto de dicha anualidad, los reiteraría en todos sus pronunciamientos posteriormente proferidos. A manera de referencia, se pueden enlistar las siguientes sentencias:

Sección	Ponente	Fecha	Radicado
Primera.	Roberto Augusto Serrato Valdés.	19/11/2018	216598711001-03-15-000-2018-03099-01AC.

Segunda.	William Hernández Gómez.	25/07/2019	214252952001-23-33-000-2012-00151-013536-13.
Segunda, Subsección B.	César Palomino Cortés.	21/10/2019	215079825000-23-42-000-2016-03056-013328-17.
Segunda, Subsección A.	William Hernández Gómez.	05/11/2020	216859825000-23-42-000-2017-02890-015651-18.
Segunda, Subsección A.	Rafael Francisco Suárez Vargas.	10/12/2020	217165947001-23-33-000-2016-00457-011748-19.
Segunda, Subsección A.	Gabriel Valbuena Hernández.	30/09/2021	219183366001-23-33-000-2016-00745-012925-18.
Segunda, Subsección A.	William Hernández Gómez.	11/11/2021	219268776001-23-33-000-2016-01165-012843-20.
Segunda, Subsección A.	Rafael Francisco Suárez Vargas.	18/11/2021	219224405001-23-33-000-2016-02626-013138-20.
Segunda, Subsección B.	Sandra Lisset Ibarra Vélez.	25/11/2021	219362173001-23-33-000-2017-00613-011143-21.
Segunda, Subsección A.	William Hernández Gómez.	25/11/2021	219262208001-23-33-000-2016-01040-010918-20.
Segunda, Subsección B.	César Palomino Cortés.	20/01/2022	219384805001-23-33-000-2015-00531-01.

Tabla No. 6. Sentencias emitidas por el Consejo de Estado con base en la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018. Elaboración propia.

En ese sentido, se evidencia un amplio catálogo de sentencias, y, en efecto, de ciudadanos que vieron desmejoradas sus expectativas pensionales, previamente reconocidas en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, que, en lugar de decrecer, debieron aumentar en virtud del principio de progresividad en materia de derechos laborales. Tal situación ha generado notables críticas doctrinales que serán expuestas a continuación.

3.4 Argumentos críticos sobre las decisiones vigentes en materia de reliquidación de la pensión de jubilación del Consejo de Estado.

En el numeral 2 de la parte resolutive de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, el Consejo de Estado advirtió a la comunidad en general que los temas objeto de unificación, serían de adopción obligatoria dentro de todos los casos en trámite, bien sea en el ámbito administrativo o judicial. En tal sentido, si una persona presentó su reclamación o demanda cuando aún estaba vigente el criterio de la sentencia del 4 de agosto de 2010, y no había sido resuelta, dicho precedente ya no sería aplicable para su caso, sino el instaurado en esa nueva decisión unificadora.

Esta circunstancia generó malestar en un amplio sector de la doctrina, por los argumentos que expone la autora Contreras Tamayo, a saber: Se trató de una decisión que impacta directamente la confianza legítima de las personas que acuden ante la administración de justicia, pues representó un cambio abrupto e intempestivo, que alteró los fundamentos jurídicos que se tendrían en cuenta por los Jueces y Magistrados pertenecientes a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para la resolución de su demanda (Contreras, 2020).

En similar sentido, Pérez & Tovar apuntan que la jurisprudencia del Consejo de Estado al proferir la sentencia dentro del proceso con radicado No. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), sufrió cambios abruptos que desencadenaron en afectaciones a la seguridad jurídica y las expectativas legítimas de reliquidación de la pensión que las personas creían tener derecho desde el 04 de agosto de 2010 (Pérez & Tovar, 2022).

Por otra parte, existen serios reparos doctrinales sobre el impacto que tuvo el cambio de criterio en la jurisprudencia del Consejo de Estado en el disfrute de los derechos fundamentales de los trabajadores colombianos. Verbigracia, la autora Daniela Sosa Gómez indica que:

Esta situación constituye un perjuicio a uno de los derechos de los trabajadores, en este caso a los servidores públicos, porque se ven afectados en el derecho al mínimo vital cuando van a salir a disfrutar su pensión de jubilación. Tal situación afecta no únicamente su dignidad como humano, sino también la dignidad de su familia, que se ve obligada a subsistir con ingresos menores de los que recibía en el momento en que se encontraba trabajando (Sosa, 2022).

Adicional a los anteriores argumentos críticos, el principal reparo que ha aportado la doctrina respecto a la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 tiene que ver con la regresión de las garantías laborales y/o pensionales concedidas con anterioridad a los trabajadores. Aspecto álgido y que ha comprendido el objeto principal de investigación en el presente documento.

Es evidente que ese nuevo criterio jurisprudencial representó, como lo indican Chica Mejía y Cardona Naranjo, una clara regresión en los criterios interpretativos de las normas que consagran derechos laborales y prestaciones, evidenciando que los actuales pronunciamientos de los Órganos de Cierre de las distintas jurisdicciones, son cada vez más regresivos al imponer limitaciones al reconocimiento de las pensiones (Mejía & Cardona, 2020). Postura que se comparte por los presentes investigadores, y que, marca la necesidad de modular o armonizar la necesidad de asegurar la sostenibilidad del sistema pensional con el principio de progresividad en materia de derechos laborales; ese ítem en específico se desarrollará en el último capítulo de este estudio.

CAPÍTULO IV. ARGUMENTOS PARA MODULAR EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN MATERIA DE DERECHOS LABORALES CON EL CRITERIO DE SOSTENIBILIDAD FISCAL EN LAS DECISIONES SOBRE RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO.

A efectos de realizar un análisis propositivo sobre el tema objeto de estudio, resulta pertinente aportar algunos argumentos encaminados, desde este ámbito investigativo, a demostrar que se puede modular el principio de progresividad en materia de derechos laborales con el criterio de sostenibilidad fiscal en las decisiones sobre reliquidación de la pensión de jubilación del Consejo de Estado, de manera tal, que los derechos pensionales de los trabajadores del sector público, no se menoscaben tan abruptamente como ocurre con el precedente fijado a partir de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018.

Como punto de partida, debe advertirse que, en el curso de la presente investigación se evidenció que el Consejo de Estado para la resolución de los casos relacionados con reliquidación de la pensión de jubilación, está dando prevalencia absoluta al criterio de sostenibilidad fiscal, dada la necesidad de asegurar la sostenibilidad del sistema pensional, casi que anulando la aplicación del principio de progresividad en materia de derechos laborales. Esta situación desconoce el deber de aplicar, entre otros, los principios de armonización concreta y proporcionalidad expuestos por la Corte Constitucional dentro de su Jurisprudencia, en aquellos eventos que entra en disputa la efectividad de un derecho u otro para un caso concreto.

Sobre el principio de armonización concreta, la Corte Constitucional en sentencia T-425 de 1995 precisó que éste, es un mandato que restringe la posibilidad de dar efectividad a un derecho, pero sacrificando totalmente la aplicación de otro. En ese sentido, el operador judicial está llamado a maximizar la efectividad de todos los principios en juego. En lo que respecta al principio de proporcionalidad, señaló que hace referencia al cotejo que se hace entre dos alternativas o variables de carácter relativo, con unos alcances que se precisan en la situación concreta de estudio, más no, a una ponderación propiamente dicha entre una variable de carácter absoluto, y otra que no goza de tal característica (Corte Constitucional, 1995).

Así las cosas, se evidencia que dentro de las decisiones del Consejo de Estado, se ha anulado de manera total los derechos que habían sido reconocidos por parte de su Sección Segunda en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, bajo la óptica de la necesidad de asegurar la sostenibilidad del sistema pensional; cuando este Tribunal

pudo dar aplicación a los principios de armonización concreta y de proporcionalidad, buscando modular la sostenibilidad fiscal con los derechos previamente reconocidos, que están cobijados por el principio de progresividad en materia laboral.

De haberlo hecho, se habría maximizado la efectividad de las garantías de acceder a una mesada pensional considerablemente más cuantiosa, por lo menos, para aquellas personas que tenían procesos administrativos o judiciales en curso, que vieron sacrificada la seguridad jurídica y el principio de confianza legítima. Sobre este último, el mismo Consejo de Estado ha indicado que consiste una verdadera expectativa albergada por el titular de un derecho, para que las reglas previamente fijadas por el Estado para el ejercicio o reconocimiento de un derecho, no sean modificadas de manera intempestiva. De tal manera que, el principio de confianza legítima se defrauda en aquellos eventos donde la autoridad cambia abruptamente sus comportamientos o decisiones, vulnerando la expectativa legítima que ha fijado el administrado (Consejo de Estado, 2018).

En este orden de ideas, dentro de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, a efectos de modular el principio de progresividad en materia de derechos laborales con el criterio de sostenibilidad fiscal, lo pertinente era que la decisión unificadora de liquidar o reliquidar la pensión de jubilación únicamente con los factores efectivamente cotizados al sistema, fuera aplicable solo para casos futuros. De ese modo, el impacto del reconocimiento pensional con base en los factores devengados en el último año de servicios, como había quedado establecido en la sentencia del 4 de agosto de 2010, no sería tan significativo en las finanzas del Sistema, pues se restringiría tal prerrogativa para casos futuros, a los cuales, no se les variaría súbitamente las reglas de juego fijadas jurisprudencialmente para la materia, como si ocurrió con quienes ya habían radicado sus demandas, con una expectativa legítima de reclamar un derecho con base en las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico.

En efecto, en virtud de los mencionados principios de armonización concreta y proporcionalidad, era pertinente asegurar en la mayor medida posible el disfrute de los derechos en juego, más no anular de manera directa alguno de ellos. Es claro que sin sostenibilidad financiera, el sistema estaría llamado a su colapso, y no se garantizaría a futuro el pago de la pensión a sus beneficiarios, pero, cualquier decisión encaminada a restringir el goce progresivo de los derechos laborales, carece de un sustento constitucional, en mayor medida, si se tiene en cuenta que la progresividad es un principio de rango superior, y, en cambio, la sostenibilidad fiscal no lo es, pues se trata solo de un criterio.

Así las cosas, si bien, ya es crítica la decisión de modificar los parámetros para reliquidar la pensión de jubilación, lo es aún más que tal decisión haya sido tomada con efectos retroactivos para casos que estaban en trámite. En efecto, se puede entender que para

asegurar la solvencia del sistema pensional, se sacrifique en un momento dado los derechos previamente reconocidos de manera general, pero, lo que es inconcebible, es que se atente contra la confianza legítima de aquellas personas que ejercieron el derecho de acción con fundamento en decisiones en firme, vinculantes, y unificadoras, como lo fue la sentencia del 4 de agosto de 2010.

Ahora bien, por un lado, el Consejo de Estado con la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 buscó asegurar la sostenibilidad del sistema de pensiones, pero, por otro lado, dejó abierta la posibilidad para aquellas personas que vieron vulnerada su seguridad jurídica y el principio de confianza legítima, de demandar al Estado en ejercicio del medio de control de reparación directa por error jurisdiccional. Tal circunstancia, en el evento de declararse judicialmente la responsabilidad patrimonial, en últimas, terminaría afectando también el patrimonio público.

Son reconocidos los avances doctrinales y jurisprudenciales sobre la responsabilidad del Estado por error jurisdiccional en el supuesto que decisiones de unificación con efectos retroactivos causen daños antijurídicos a las personas. En tal sentido, la autora Contreras Tamayo expone que es dable la posibilidad de imputar la responsabilidad patrimonial del Estado por errores jurisdiccionales, en aquellos eventos que el Consejo de Estado ocasione daños antijurídicos a las personas que acudan ante el operador judicial, por la configuración de efectos retroactivos en sus sentencias de unificación, sin tomar en consideración la normatividad o precedente vigente al momento de la causación del derecho, o, por lo menos, la fecha en que fue presentada la acción judicial o reclamación en el ámbito administrativo. Toda vez que estas circunstancias vulneran derechos reconocidos por el bloque de constitucionalidad, como, por ejemplo: el de legalidad, debido proceso, tutela judicial efectiva, igualdad, entre otros (Contreras, 2020).

En efecto, para futuras decisiones del Consejo de Estado que unifiquen criterios sobre la forma en que se debe liquidar o reliquidar la pensión de jubilación, se debe, con base en los principios de armonización concreta y proporcionalidad, buscar la manera que tanto el principio de progresividad en materia de derechos laborales, como el criterio de sostenibilidad fiscal, no se vean restringidos en su totalidad. Para tal efecto, se propone que sea eliminada la posibilidad de fijar efectos retroactivos a las decisiones, pues con ello, se atenta la seguridad jurídica, la confianza legítima, y en últimas, tendría consecuencias adversas también para las finanzas públicas, en el entendido que el Estado sea condenado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por error judicial.

Ahora bien, ante la evidente contradicción resaltada a lo largo de este estudio, entre el principio de progresividad y el criterio de sostenibilidad fiscal, que ha limitado la aplicación del mencionado principio en el ámbito pensional del sector público, es indispensable

utilizar el llamado test de no regresividad, creado por la Corte Constitucional, según el cual, a la hora de valorar un posible retroceso de las garantías laborales, se debe analizar, entre otras cosas, si las decisiones o medidas implementadas se caracterizaron por ser justas, equitativas, proporcionales y razonables; de tal análisis se arrojará la prohibición de cambios abruptos, injustos, e incluso abusivos en el ámbito pensional (Sentencia C-228, 2011).

Pues bien, se puede entender como justo, equitativo, proporcional y razonable que se emitan decisiones desde la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo encaminadas a asegurar la solvencia financiera del Sistema General de Pensiones, en el entendido que, no se menoscabe el núcleo del derecho fundamental al mínimo vital de las personas que pretenden su liquidación pensional. Pero, no adquiere las mencionadas características una sentencia como la de Unificación del 28 de agosto de 2018, que desconoce derechos adquiridos, irrespete principios constitucionales del derecho al trabajo, como lo es, el de progresividad; y vulnera los principios de proporcionalidad, tal como se ha expuesto en el presente capítulo.

La Corte Constitucional en la sentencia C-228 de 2011 puntualizó que el test de no regresividad se desarrolla a partir del análisis de tres variables: en primer lugar, el estudio sobre si con la reforma se llegare a desconocer derechos adquiridos por el trabajador; en segunda medida, si la respectiva reforma se adapta a los principios constitucionales de proporcionalidad y razonabilidad (Sentencia C-228, 2011). Aspectos que, de acuerdo con lo previamente indicando se incumplieron con la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, y hacen inconstitucionales las medidas que se adoptaron en ella.

CONCLUSIONES

En la parte inicial de la presente investigación, se logró concluir que el principio de progresividad es una manifestación de las garantías integradas al ordenamiento jurídico colombiano a través del bloque de constitucionalidad, pues está consagrado en instrumentos internacionales que cobijan Derechos Humanos. Bajo esta premisa, se concluyó que cualquier norma, providencia, o situación fáctica que implique un retroceso para las garantías previamente concedidas en el ámbito laboral y pensional a los trabajadores, está viciada de inconstitucionalidad al vulnerar esas disposiciones que hacen parte del bloque de constitucionalidad, al artículo 48 superior, a las disposiciones que garantizan este principio dentro de la Ley 100 de 1993, e incluso a las mismas sentencias de la Corte Constitucional.

Por otra parte, en el capítulo segundo se logró desvirtuar que la sostenibilidad fiscal tiene la categoría de principio constitucional. Contrario a ello, con fundamento en el precedente

de la Corte Constitucional al interpretar el contenido de la Carta Política, se concluye que es un criterio, herramienta o instrumento para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho, pero, de ninguna manera, un principio constitucional. Aunado a lo anterior, se logró determinar que la denominación de principio obedeció a un error del ejecutivo a la hora de publicar el Acto Legislativo, y que la verdadera voluntad del Congreso de la República al incluir la sostenibilidad fiscal en el texto superior, era la de establecerla como un criterio. Bajo ese entendido, se determinó que al carecer de la categoría de principio, no puede ser objeto de ponderación, ni mucho menos podrá desconocer o menoscabar derechos fundamentales.

Ahora bien, en cuanto a la aplicación de estos dos principios en la jurisprudencia del Consejo de Estado, en casos relacionados con reliquidación de la pensión de jubilación, se encontraron dos momentos trascendentales: El primero, más garantista con el trabajador, al permitirle pensionarse con base en lo devengado en el último año de servicios, representado con la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, decisión cimentada en el principio de progresividad; y, un segundo momento, de carácter restrictivo, en donde la influencia de la Corte Constitucional lo conllevó a aplicar el criterio de sostenibilidad fiscal, representado por la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, precedente vigente en la actualidad.

Como resultado de lo anteriormente indicado, se evidenció que el Consejo de Estado para la resolución de los casos relacionados con reliquidación de la pensión de jubilación, está dando prevalencia absoluta al criterio de sostenibilidad fiscal, dada la necesidad de asegurar la sostenibilidad del sistema pensional, casi que anulando la aplicación del principio de progresividad en materia de derechos laborales. Tal situación desconoce el deber de aplicar, entre otros, los principios de armonización concreta y proporcionalidad expuestos por la Corte Constitucional dentro de su Jurisprudencia, en aquellos eventos que entra en disputa la efectividad de un derecho u otro para un caso concreto.

En virtud de la aplicación de los mencionados principios, se habría obtenido una sentencia de unificación más justa, equitativa, proporcional y razonable, modulando la decisión de eliminar la posibilidad de pensionarse en el sector público, no sujeto a regímenes especiales, únicamente para casos futuros. De manera tal, que los casos en trámite se le garantizara la seguridad jurídica, la confianza legítima, y la progresividad de los derechos laborales y/o pensionales reconocidos previamente vía jurisprudencial y que estaban vigentes al momento de impetrar su respectiva reclamación administrativa o judicial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Amaya Perdomo, C. E. (2022). Sostenibilidad financiera del sistema pensional ¿sustitución del Estado social de derecho por el Estado fiscal? (*tesis de especialización*). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Libre. Obtenido de: <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/22629>.

Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de la República de Colombia*. Bogotá, D.C., Colombia. Obtenido de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.

Bernal Pulido, C. (2018). *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica. Escritos de Derecho Constitucional y teoría del Derecho*. Bogotá, D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Calvo Chaves, N. J. (2011). Aplicación del principio de progresividad en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Memorando de Derecho*, 2 (2), 63-81. Obtenido de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3851138>.

Chica Mejía, A. F. & Cardona Naranjo, E. (2020). Análisis crítico a la Sentencia de Unificación 2012-00143 del Consejo de Estado. (*tesis de especialización*). Pereira, Colombia: Universidad Libre. Obtenido de: <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/22897>.

Contreras Tamayo, S. P. (2020). Responsabilidad del estado por los daños antijurídicos causados por los efectos retroactivos de las sentencias de unificación del consejo de estado. (*tesis de maestría*). Medellín, Colombia: Universidad Pontificia Bolivariana. Obtenido de: <https://repository.upb.edu.co/handle/20.500.11912/7849>.

Cusilayme Zea, E. Y. (2023). Tratamiento del principio de progresividad laboral en la jurisprudencia del tribunal constitucional y la inconstitucionalidad de la reposición laboral por despido arbitrario en el régimen privado. (*tesis de grado*). Lima, Perú: Universidad Nacional de Altiplano. Obtenido de: <https://renati.sunedu.gob.pe/handle/sunedu/3578290>.

Fioravanti, M. (2016). *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Madrid, España: Editorial Trotta.

Galvis Ursprung, E. J. (2022). *Instrumentos procesales en las actuaciones administrativas colombianas*. Bogotá D.C., Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.

Giraldo Galeano, S. A. (2023). El Principio de Progresividad en Colombia. Una Protección Ineficaz de los Derecho Laborales. *Memorias*, 7(1), 59-98. Obtenido de: <https://doi.org/10.53995/25390147.1533>.

Granada Quiceno, J. A. & Bolívar Acevedo, L. A. & Sánchez, O. (2018). Diferencia jurisprudencial entre el consejo de estado y la corte constitucional respecto a la reliquidación pensional de los trabajadores oficiales en régimen de transición. (*tesis de especialización*). Bogotá D.C., Colombia: Fundación Universitaria del Área Andina. Obtenido de: <https://digitk.areandina.edu.co/repositorio/handle/123456789/2377>.

Guerrero Vinuesa, A. P. (2012). Sostenibilidad fiscal y principios en el Estado Social de Derecho. *Criterio Jurídico*, 12(1), 79-126. Obtenido de: <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/856/720>.

López Daza, G. (2012). Los derechos sociales en Colombia y el principio de sostenibilidad fiscal. *Revista DIXI*, 14(15), 22-39. Obtenido de: <https://revistas.ucc.edu.co/index.php/di/article/view/1011>.

López Medina, D. E. (2006). *El Derecho de los jueces*. Bogotá D.C., Colombia: Legis.

Montaña Plata, A. (2010). *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Naranjo Mesa, V. (2018). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis.

Organización para las Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Obtenido de: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>.

Pérez, J. C. & Tovar Alarcón, R. (2022). La jurisprudencia como fuente de creación del derecho frente a la aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 bajo el amparo de la Ley 33 de 1985. (*tesis de maestría*). Bogotá D.C., Colombia: Universidad La Gran Colombia. Obtenido de: <https://repository.ugc.edu.co/handle/11396/7612>.

Quinche Ramírez, M. F. (2020). *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis.

Ramírez Plazas, J. (2012). Sostenibilidad fiscal en Colombia. *Revista Jurídica Piélagus*, 11(1). Obtenido de: <https://journalusco.edu.co/index.php/pielagus/article/view/644/1227>.

Rodríguez, L. (2011). *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis S.A.

Rodríguez, C. (1997). *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Bogotá D.C., Colombia: Siglo del Hombre Editores. Universidad de Los Andes.

Rojas Zapata, J. M., Flores Cabezas, L. F. & Navarro Dos Santos, A. N. (2018). Afectación a la seguridad jurídica por el choque de trenes del Consejo de Estado y la Corte Constitucional. (*tesis de especialización*). Universidad Santo Tomás. Obtenido de: <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/13503>.

Rosales Maicán, R. A. (2012). Reciente doctrina jurisprudencial de la Sala Constitucional sobre los principios laborales de intangibilidad, progresividad e irrenunciabilidad. *Cuestiones Jurídicas*, 6 (1), 135-142. Obtenido de: <https://www.redalyc.org/pdf/1275/127523423006.pdf>.

Sánchez Gutiérrez, D. C., Ricaurte Espinel, S. P. & Castillo Cárdenas, D. F. (2012). Compatibilidad del principio de sostenibilidad fiscal y el concepto de Estado Social de Derecho en Colombia. *Revista In Vestigium*, 5(1), 85-94. Obtenido de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7883700>.

Secretaría General de la OEA. Pacto de San José, Convención Americana Sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica. Obtenido de: https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.

Sentencia C-027, (18 de abril de 2018). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: José Fernando Reyes Cuartas*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente RPZ-006. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-027-18.htm>.

Sentencia C-038. (27 de enero de 2004). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Eduardo Montealegre Lynett*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-4661. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-038-04.htm>.

Sentencia C-038. (1 de febrero de 2006). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-5839. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-038-06.htm>.

Sentencia C-046. (23 de mayo de 2018). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expedientes D-11782 y D-

11797 acumulados. Obtenido de:
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-046-18.htm>.

Sentencia C-075. (3 de marzo de 2022). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Alejandro Linares Cantillo*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expedientes D-14127 (AC). Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/C-075-22.htm>.

Sentencia C-093. (10 de octubre de 2018). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: José Fernando Reyes Cuartas – Gloria Stella Ortiz Delgado*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente OG-159. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-093-18.htm>.

Sentencia C-158, (29 de abril de 1998). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-1828, D-1833, D-1837 y D-1839. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-158-98.htm>.

Sentencia C-209, (27 de abril de 2016). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-10885. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2016/C-209-16.htm>.

Sentencia C-228, (30 de marzo de 2011). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Juan Carlos Henao Pérez*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-8216. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-228-11.htm>.

Sentencia C-258, (7 de mayo de 2013). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-9173 y D-9183. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-258-13.htm>.

Sentencia C-288, (18 de abril de 2012). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-8690. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-288-12.htm>.

Sentencia C-322, (23 de septiembre de 2021). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Alejandro Linares Cantillo*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-14101. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/C-322-21.htm>.

Sentencia C-405, (16 de septiembre de 2020). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Alejandro Linares Cantillo*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente RE-319. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-405->

20.htm#:~:text=Por%20el%20cual%20se%20modifica,6%20de%20mayo%20de%202020.

Sentencia C-486, (7 de septiembre de 2016). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: María Victoria Calle Correa*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-11244. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-486-16.htm>.

Sentencia C-671, (20 de agosto de 2002). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Eduardo Montealegre Lynett*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-3912. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-671-02.htm>.

Sentencia C-753, (30 de octubre de 2013). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Mauricio González Cuervo*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-9608. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-753-13.htm>.

Sentencia C-870, (13 de noviembre de 2014). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expedientes D-10079, D-10093 y D-10096 (Acumulados). Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-870-14.htm>.

Sentencia C-991, (12 de octubre de 2004). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-5145. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-991-04.htm#:~:text=C%2D991%2D04%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=A%20pesar%20de%20que%20el,de%202003%20s%C3%AD%20lo%20fij%C3%B3>.

Sentencia C-1052, (5 de diciembre de 2012). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-9127. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-1052-12.htm>.

Sentencia C-1287, (5 de diciembre de 2001). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-3549. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1287-01.htm>.

Sentencia Nulidad 4473. (3 de febrero de 2021). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. *C.P.: César Palomino Cortés*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 11001-03-25-000-2016-00992-00 (4473-2016). Obtenido de: https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/255/216_110010325000201600992001autoqueresuel20220215170955_T132999505083019794.pdf.

Sentencia Nulidad y Restablecimiento. (12 de julio de 2018). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. *C.P.: Rocío Araujo Oñate*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 25000-23-24-000-2009-00348-01. Obtenido de: <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/210/25000-23-24-000-2009-00348-01.pdf>.

Sentencia Nulidad y Restablecimiento 4077. (28 de enero de 2021). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. *C.P.: Gabriel Valbuena Hernández*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 08001-23-33-000-2016-01491-01 (4077-2019). Obtenido de: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=164707>.

Sentencia T-016, (24 de enero de 2022). Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. *M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente T-8.335.196. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/T-016-22.htm>.

Sentencia T-406, (5 de junio de 1992). Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. *M.P.: Ciro Angarita Barón*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-778. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>.

Sentencia T-425, (26 de septiembre de 1995). Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. *M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-72178. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-425-95.htm>.

Sentencia T-826, (5 de noviembre de 2014). Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. *M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-4406447. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2014/T-826-14.htm>.

Sentencia tutela 5404. (30 de abril de 2019). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: Patricia Salazar Cuéllar*. Bogotá D.C., Colombia: STP5404-2019. Radicación n. 103755. Obtenido de: <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20JUN2019/STP5404-2019.doc>.

Sentencia de unificación 0112-09. (4 de agosto de 2010). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. *C.P.: Víctor Hernando Alvarado Arcila*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09). Obtenido de: <https://www.d1tribunaladministrativodelmagdalena.com/index.php/14-sunificacion/7-showsunificacionlaboral>.

Sosa Gómez, D. G. (2022). Impacto de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre pensiones de jubilación en funcionarios del sector público en Colombia. (*trabajo de maestría*). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia. Obtenido de: <https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/0b4f0571-1452-4da7-9a45-3d108a59f127>.

Vila Casado, I. (2021). *Fundamentos del Derecho constitucional contemporáneo*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Libre.

Vizcaino Aragón, D. A. (2019). Principio de progresividad en las relaciones de trabajo: análisis de la institución de desahucio tras las reformas de la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar. (*tesis de maestría*). Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar. Obtenido de: <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/6554>.

Younes Moreno, D. (2007). *Curso de derecho administrativo*. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis S.A.