

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo investigativo pretende realizar un estudio constitucional, legislativo, jurisprudencial y doctrinario sobre una parte del Sistema General de Pensiones, esto es, sobre el régimen de transición, el cual se encuentra consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y así mismo, ha sido modificado en diversas ocasiones, tanto por leyes ordinarias¹, como por el párrafo transitorio de un acto legislativo², los cuales a final de cuentas lo que pretendieron fue reducir el impacto económico que genera el sostenimiento de las mesadas de los pensionados. Lo anterior encuentra justificación en que lo cotizado por cada afiliado y beneficiario del régimen de transición, es insuficiente para el sostenimiento de su propia pensión de vejez, y luego el Estado es quien debe subsidiar el faltante necesario, para que a cada pensionado se le pueda costear su pensión de vejez.

Conviene distinguir entonces que el régimen de transición aludido implica para sus beneficiarios, el poder acceder a una pensión de vejez o de jubilación conforme a las estipulaciones normativas previas a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, que por supuesto son más favorables. Es decir, permitió que las mujeres y hombres que tuvieran 35 ó 40 años o más de edad en ese orden ó

¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Leyes 797 del 2003 (artículo 18) y 860 del 2003 (artículo 4°). Por medio de las cuales se modificó el sistema de seguridad social integral de la ley 100 de 1993.

² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto legislativo 01 del 2005. (22 de Julio de 2005). Párrafo transitorio n° 4. Por medio del cual se limitó el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

15 años o más de servicios o semanas cotizadas, se les permitiría pensionar con la edad establecida en el régimen anterior aplicable para ellos antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, así como también los años de servicios requeridos ó semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez, siendo los demás requisitos, los establecidos en la misma ley.

Así las cosas, y una vez se afirmó que las modificaciones que ha sufrido el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993 obedecen a finalidades económicas, todo ello se da en aras de dar aplicación al principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, el cual está regulado en el acto legislativo 01 del 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, y a su vez, entra en colisión -solo para esta investigación- con otro principio constitucional, que es el de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, que no sólo está prescrito en el artículo 48 de la Constitución Política al igual que el primero, sino que además está reconocido en Tratados Internacionales ratificados por el Congreso de la República del Estado colombiano, como por ejemplo, el Tratado de San Salvador.³

³ PROTOCOLO DE SAN SALVADOR. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Suscrito el 17 de Noviembre de 1988 y ratificado el 22 de Octubre de 1997 por el Congreso de la República de Colombia.

En este orden de ideas, y con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el principio de progresividad “implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia configuración de libertad del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse, en principio, inconstitucional y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser Constitucional, las autoridades deben demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario este paso regresivo en el desarrollo de un derecho prestacional.”⁴

Ahora bien, éste trabajo de grado pretende advertir un problema jurídico muy interesante y desde todos los puntos de vista innovador, toda vez que se plantea la inaplicación del parágrafo transitorio n° 4 del acto legislativo 01 del 2005, el cual como ya se dijo, está sustentado en el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, para dar aplicación a otro principio del mismo rango, que es el de progresividad de los derechos de segunda generación ó derechos económicos, sociales y culturales. Uno de los dos principios debe prevalecer sin desconocer totalmente al otro, motivo por el cual este trabajo de grado pretende dar las razones jurídicas más relevantes y lógicas, para que el principio constitucional que prevalezca sea el de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, toda vez que pensar y permitir lo contrario en concepto del autor, sería ir más allá de lo planteado por el Constituyente en el año de 1991, cuando se expidió la

⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 671 de 2002. M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynnett.

Constitución Política y comenzó una nueva era para el Estado colombiano, que pasó de ser un Estado de derecho, a un Estado Social y Democrático de Derecho, donde el fundamento más importante podría decirse que es el respeto por la dignidad humana.

Para efectos de realizar la presente monografía de grado, aparte de la formación como abogado del autor, se tuvo en cuenta todo lo enseñado por los docentes de la Especialización en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la U.P.B., los cuales con su valiosa experiencia, conocimientos y manera de ver el mundo jurídico, afianzaron en la mente del autor de la presente investigación, el sentido crítico, investigativo y la responsabilidad que conlleva ser un abogado y más un especialista, para permitir a final de cuentas, que impere el valor justicia.

El presente trabajo investigativo está constituido por tres capítulos, los cuales versan sobre:

1. El primer capítulo estudia el régimen de transición en materia pensional consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993: Para este capítulo en concreto se tuvo en cuenta lo más relevante de un régimen de transición, que para este caso es la norma que lo regula, su aspecto constitucional, legal, jurisprudencial, y doctrinal.

2. En el segundo capítulo se abordan los principios constitucionales de Sostenibilidad Financiera del Sistema Pensional y el Principio de Progresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: En esta parte del trabajo se tocan los puntos fuertes de cada principio, y el porqué de su desarrollo en el marco jurídico colombiano.

3. Por último, en el capítulo tercero se realiza un análisis a la teoría de la inaplicabilidad de las normas jurídicas y se dan las razones de porqué se debe inaplicar el parágrafo transitorio n° 4 del acto legislativo 01 del 2005, para dar aplicación al principio constitucional de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, en gracia de los beneficiarios del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

La metodología de investigación utilizada para la realización de esta monografía de grado fue la documental, especialmente la contenida en las normas jurídicas más relevantes (constitucionales y legales) y aplicables a este caso en concreto, sentencias de la Corte Constitucional y la Doctrina; ésta última muy reducida, debido a que muy pocos autores o investigadores se plantean el desconocimiento ó inaplicación de una parte de un acto legislativo que está sustentado por el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, en beneficio del principio, también constitucional de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Finalmente, con la elaboración de la presente monografía de grado, se pretende dejar sentada una posición con referencia a las estipulaciones dadas por el párrafo transitorio n° 4 contenido en el acto legislativo 01 de 2005 respecto al régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, el cual no pretende agotar el tema ni mucho menos; simplemente se procurará dar una serie de argumentos que vayan orientados a pensar en que se sigan aplicando las disposiciones del referido régimen para sus beneficiarios, bien sea que tengan el requisito de la edad ó el tiempo de servicios cotizados que trata la norma, permitiendo además que se de prevalencia al Principio Constitucional de Progresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y algunos de fuente legal, como lo son el de Favorabilidad, Solidaridad, Irrenunciabilidad, etc.

GLOSARIO

Seguridad Social Integral: conjunto de instituciones, normas, procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.⁵

Régimen pensional: conjunto de condiciones y requisitos para acceder a las pensiones establecidas en las fuentes formales del derecho, así como las normas, fuentes de financiación, entidades administradoras, procedimientos y condiciones que regulan su ejercicio.

Régimen de transición: mecanismo de protección para que los cambios producidos por el tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión en este caso, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir

⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100 de 1993. Preámbulo.

ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo.⁶

Derechos adquiridos: este concepto hace referencia a cuando en cabeza del titular del derecho subjetivo que consagra una norma jurídica se cumplen las hipótesis o condiciones que dicha norma establece y por lo tanto, se entiende que ha ingresado al patrimonio de dicho titular la facultad que se deriva del derecho que la norma consagra, de suerte que las normas posteriores que modificaren o suprimieren tales condiciones no pueden enervar o eliminar lo que la persona ya adquirió en forma legal, bajo la vigencia de la norma anterior.⁷

“Configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona”.⁸

⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 789 de 2002. (Septiembre 24 de 2002). M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

⁷ CARRILLO GUARÍN. Julio César. Reforma constitucional al sistema de pensiones: evaluación y análisis. Bogotá. Legis. p. 57.

⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 147 de 1997. (Marzo 19 de 1997). M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonel.

“Es un beneficio que la normatividad concede al trabajador, consistente en la aplicación de las disposiciones legales anteriores para efectos del reconocimiento y pago de su pensión de vejez, incluyendo las referentes a la edad, tiempo de servicios, número de semanas cotizadas, ingreso base de liquidación y monto de la prestación aludida; siempre y cuando se cumplan las hipótesis que la misma norma de transición consagra, tales como, edad del beneficiario, tiempo de servicios y número de semanas cotizadas, condiciones que no pueden ser modificadas por el ejecutivo al tratar de reglamentar la norma en comento, ya que estaría excediendo sus facultades.”⁹

Expectativa legítima: concepto de creación Jurisprudencial de la Corte Constitucional, cuando estudió la constitucionalidad de la ley 860 de 2003; y al respecto manifestó que: “Constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios introducidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo”¹⁰.

⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 10 de Abril de 1997. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda. Expediente N° 12.031. Consejera Ponente: Dra. María Eugenia Samper Rodríguez. (Sentencia que anuló el Inc. 2 del Art. 3° del Decreto 1160 de 1994).

¹⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 754 de 2004. (Agosto 10 del 2004). M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

Meras expectativas: las "meras expectativas", se reducen a la simple posibilidad de alcanzar un derecho y que, por lo mismo, no son más que una intención o una esperanza de obtener un resultado jurídico concreto. Por lo tanto, la ley nueva si puede regular ciertas situaciones o hechos jurídicos que aun cuando han acaecido o se originaron bajo la vigencia de una ley no tuvieron la virtud de obtener su consolidación de manera definitiva, como un derecho, bajo la ley antigua. No obstante, las expectativas pueden ser objeto de alguna consideración protectora por el legislador, con el fin de evitar que los cambios de legislación generen situaciones desiguales e inequitativas o de promover o de asegurar beneficios sociales para ciertos sectores de la población o, en fin, para perseguir cualquier otro objetivo de interés público o social. Es así como la ley nueva puede tomar en cuenta hechos o situaciones sucedidos en vigencia de la ley antigua para efectos de que con arreglo a las disposiciones de aquélla puedan configurarse o consolidarse ciertos derechos (efecto retrospectivo).¹¹

¹¹ Corte Constitucional. Op. Cit. Sentencia C 147 de 1997.

1. EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN EN MATERIA PENSIONAL DEL ARTÍCULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993

1.1 ASPECTO CONSTITUCIONAL

Previo a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, la cual erigió al Estado colombiano como un Estado Social y Democrático de Derecho, imperaba la Constitución Nacional de 1886, la cual establecía un Estado Liberal, en el cual la ley cumplía una tarea fundamental, debido a que era ella quien desarrollaba la Constitución Nacional y además, era el referente jurídico, motivo por el cual, este tipo de Estado se encontraba un tanto “apartado” de la sociedad, dando prevalencia principalmente a garantizar las libertades individuales, la seguridad, la propiedad y el orden público¹²; así las cosas, y en cuanto a seguridad social se refiere, es menester señalar, que ésta encontraba su regulación en la norma legal, no constitucional, la cual fue evolucionando y pasando por distintos ciclos, empezando con las provisiones privadas, prestaciones patronales y seguros sociales obligatorios para los trabajadores dependientes, luego independientes, hasta llegar a una última fase, la cual se origina con el Estado Social de Derecho a partir de la Constitución Política de 1991; donde se consagra expresamente el concepto de seguridad social, el cual busca proteger a toda la comunidad, garantizando la vida digna del ser humano, mediante el reconocimiento de una serie de

¹² PÉREZ VILLA, Jorge. Compendio de Derecho Constitucional. Tomo II Derecho Constitucional colombiano. Bogotá. Ed. Leyer. 2001. p. 26.

prestaciones, así como también las formas y los recursos para acceder a ellos.¹³

Es por ello, que aplicando parámetros de equidad y/o proporcionalidad, el legislador decidió ante el tránsito legislativo que se avecinaba en materia pensional, reconocer en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 a un determinado grupo de personas que cumplieran con una edad específica (35 y 40 años para las mujeres y hombres respectivamente) ó para los trabajadores que tuvieran 15 años o más de servicios o semanas cotizadas, que se les iba a permitir pensionar con los requisitos de edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas y monto de la pensión del régimen anterior que les fuera aplicable, debido a que la nueva reglamentación aumentaría ostensiblemente todos esos requerimientos.

Con todo y lo anterior, el mencionado régimen de transición acabaría siendo modificado en diversas oportunidades por leyes ordinarias que terminaron siendo declaradas inconstitucionales y debido a ello, el Gobierno impulsó un proyecto de acto legislativo que extinguiría totalmente las esperanzas de pensionarse a los iniciales beneficiarios del régimen de transición, los cuales según palabras de la Corte Constitucional tenían un derecho adquirido sobre el régimen de transición, haciendo evidente que cualquier norma que lo limitara resultaría inconstitucional, puesto que el Estado se encuentra obligado y

¹³ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE 1991. Constitución Política de Colombia de 1991. Art. 48. Modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005.

comprometido a proteger los derechos adquiridos en lo tocante a la seguridad social, según lo indicado en el artículo 48 de la Carta Política.

1.1.1 Acto legislativo 01 de 2005. El acto legislativo 01 de 2005¹⁴ resultó ser una de las muchas reformas y más ambiciosas que se han llevado a cabo por el Congreso de la República de Colombia a petición del órgano Ejecutivo, para modificar la Constitución Política de 1991; el cual trajo consigo importantes modificaciones en lo que a seguridad social se refiere, como por ejemplo: la eliminación de la mesada 14; limitó el monto máximo de las pensiones; reguló las pensiones extralegales; extinguió los regímenes especiales, exceptuados, y así mismo, lapidó el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993; etc.

Ahora bien, son muchas las novedades que trajo consigo este acto legislativo 01 de 2005, en la medida que si bien la idea era adicionar algunos aspectos al artículo 48 de la Constitución Política, termina definiendo y regulando aspectos casi que de forma reglamentaria, motivos por los cuales, se comienza a vislumbrar que la medida adoptada para reformar el sistema pensional fue totalmente exorbitada.

¹⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto legislativo 01 del 2005. (Julio 22 de 2005). Por medio del cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política colombiana de 1991.

El contenido del artículo 48 Superior, ya disponía que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado y que para su mejor ejercicio, se necesitaba de una serie de principios como el de eficiencia, universalidad y solidaridad; además que el derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable y entre el Estado y los particulares ampliarán progresivamente la cobertura de la misma.

Lo que hace entonces el acto legislativo 01 de 2005, es agregarle una serie de incisos al artículo 48 de la C.P., entre los más destacados se encuentran: la adición del concepto *sostenibilidad financiera del sistema pensional*, el *respeto por los derechos adquiridos*, la asunción del pago de la deuda pensional, que de acuerdo a la ley esté a cargo del Estado y sobretodo que las leyes posteriores a este mismo acto, deben asegurar la sostenibilidad financiera de lo que se establece en ellas.

Continúa el referido acto manifestando los requisitos para adquirir el derecho a la pensión, para el cual se necesita cumplir con la edad, las semanas de cotización, el tiempo de servicio o el capital necesario¹⁵ y los demás requisitos que demande la ley, con excepción de los requisitos para las pensiones de invalidez y sobrevivientes, a los cuales se les seguirá aplicando lo establecido

¹⁵Este concepto de capital necesario, hace referencia al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, debido a que los otros requisitos referidos anteriormente, con el permiso de la garantía de pensión mínima, no son necesarios para que los afiliados a este régimen se puedan pensionar anticipadamente.

en las leyes referidas al sistema general de pensiones (ley 100 de 1993. Modificada por la ley 797 y 860 de 2003).

Sobre las pensiones afirma que no pueden ser inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), y tampoco podrán causarse pensiones superiores a 25 SMLMV con cargos a recursos de naturaleza pública; sin embargo, la ley puede determinar cuando se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, para las personas de escasos recursos que no alcancen a cumplir con las condiciones requeridas para acceder a una pensión.

Seguidamente, “elimina” todos los regímenes especiales y exceptuados, los cuales seguirían vigentes hasta el pasado 31 de Julio de 2010, incluido el consagrado para la Fuerza Pública, el Inpec, el del Presidente de la República y, por último, el de las personas pertenecientes al magisterio con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003 y los incluidos en el inciso 1 del artículo 81¹⁶ de la misma, el cual hace referencia a los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial.

¹⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 812 de 2003. (Junio 26 del 2003). Por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado Comunitario.

Otro resultado, es que incluyó la eliminación de la mesada 14, la cual solamente se seguirá otorgando a las personas que devengan una pensión igual o inferior a tres SMLMV.

Es menester afirmar ahora, que debido al querer apasionado por parte del Estado, en especial del Ejecutivo, en extinguir entre otras cosas el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, junto a todas las normas a las que él mismo remite por disposición legal, es que se termina tramitando este acto legislativo, el cual a todas luces y adentrándose un poco en la materia, lo que se pretende es (entre otras cosas) eliminar el régimen transitorio referido, debido a que la Corte en un principio solo puede estudiarlo por vicios en el procedimiento y si éste es acorde a derecho, no habría ningún impedimento para que pueda entrar al ordenamiento jurídico y así terminar modificando la Carta Política, tal cual como sucedió. Con esta medida, efectiva de momento, el “Estado” se permite esquivar con disposiciones constitucionales el examen de constitucionalidad de fondo que la Corte Constitucional ha de hacer a las diferentes normas, pero que por disposición de la misma Constitución, a los actos legislativos no se le permite realizar, porque precisamente se trata de realizar reformas a la misma Constitución.¹⁷

¹⁷ El artículo 241 numeral 1 de la Constitución Política dice que el examen de constitucionalidad, solo se realiza por vicios de procedimiento en su formación.

Por último, y por ello no menos importante, el referido acto legislativo se encargó de restringir la negociación de situaciones pensionales más favorables entre empleadores y trabajadores, al manifestar que no se podrán establecer en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones, y en todo caso perdieron vigencia el pasado 31 de julio de 2010, lo cual según la opinión del autor, resulta ser un despropósito, una tautología sin sentido, en la medida que en estos casos no siempre hay erogación alguna por parte del Estado y no solo eso, sino que también se tiran al traste numerosas y sangrientas luchas entre las centrales obreras y los gremios empresariales por el reconocimiento de sus derechos, que a la vez se representaban en mejores condiciones, no solo laborales, sino también pensionales.

Para simplificar lo dicho hasta aquí, se puede decir que esta reforma o mejor dicho, la “reglamentación” al artículo 48 Superior que tanto se ha venido mencionando, obedece -en este caso-, para obtener un mayor ahorro para el tesoro público, en la medida que por ejemplo, según datos estadísticos del Consejo Superior de Política Fiscal (Confis), con la eliminación de la mesada 14 en el corto plazo se alcanza a ahorrar el fisco la pequeñez de doscientos mil millones de pesos anuales (\$200.000.000.000.00), y con el resto de disposiciones (eliminación de los regímenes especiales, tope máximo de pensiones con cargo al Estado y con la abolición del régimen de transición para quienes no tuvieran las 750 semanas al momento de la expedición del acto legislativo 01 de 2005) en el mediano y largo plazo, el impacto fiscal

contenido en la misma reforma (acto legislativo 01 de 2005) se prevé que sea del 19% del PIB; es decir, que a precios de 2005, el Gobierno se estaría ahorrando la no despreciable suma de 50 billones de pesos;¹⁸ estos datos sin contar con la posible eliminación del régimen de transición en su totalidad, el cual de momento, al no existir una fecha específica y por ser mas favorable, iría hasta el 31 de Diciembre de 2014.

1.1.2 Análisis e implicaciones del párrafo transitorio n° 4 del Acto Legislativo 01 de 2005. La norma del párrafo transitorio n° 4 reza: “El régimen de transición establecido en la ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”.

“Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen”.

¹⁸ Tres billones de pesos aumentaron los gastos del Gobierno en primer semestre. En: Diario Portafolio. 25 de Agosto de 2005.

Para empezar, se desea en este contexto subrayar, que este párrafo es el principal motivo de esta investigación, debido a las repercusiones e implicaciones para las personas que al momento de entrar en vigencia la ley 100 de 1993 (1 de Abril de 1994 para los empleados del nivel Nacional y 30 de Junio de 1995 a más tardar para los empleados del Sector Territorial) tenían derecho al régimen de transición, es decir, si cumplían con 35 años o más si eran mujeres, 40 años o más si eran hombres, y/o si contaban con 15 años o más de servicios, los cuales “**tenían**” derecho a que se les aplicaran las disposiciones anteriores (Decreto 758 de 1990, Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988, Decreto 3135 de 1968, Código Sustantivo del Trabajo, Ley 6 de 1945, etc.), así no estuvieran afiliados a dicho régimen en ese preciso momento, pero si cumplían con los requisitos descritos anteriormente, se les podría aplicar sus disposiciones sobre edad, tiempo de servicios o semanas de cotización y el monto de la pensión de vejez; lo importante es que el afiliado acredite el cumplimiento de todos los requisitos de una u otra norma, para hacerse beneficiario de la aplicación de la misma al solicitar su pensión de vejez o de jubilación.

Como se ve, según lo anterior, las personas que en su momento cumplieron con los requisitos de edad según su género o tiempo de servicio o semanas cotizadas al entrar en vigencia la ley 100 de 1993 y afirmando de una vez por todas -como se verá más adelante- que el cumplimiento de uno u otro requisito se erige ante el ordenamiento jurídico con todas sus consecuencias legales y constitucionales como un **derecho adquirido al régimen de transición**, es claro que hay una violación no solo al artículo 48 de la C.P., sino también al

58 de la misma y al Tratado de San Salvador -entre otros-, ratificado por la ley 319 de 1996, porque a estas personas se les va a disminuir por completo sus esperanzas de pensionarse con normas que en un principio son mucho mas favorables, como por ejemplo el Decreto 758 de 1990, la ley 33 de 1985, etc., para aplicarles normas como la ley 797 de 2003, la cual incrementó ostensiblemente los requisitos para obtener la pensión de vejez y además permitió que estas personas que en un principio eran beneficiarias, **nunca** se pensionen, porque adentrados en las edades que tienen a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 del 2005 (22 de Julio), sino cumplieron con las 750 semanas, mucho menos van a lograr conseguir las mil trescientas semanas establecidas en el Sistema General de Pensiones para el año 2015, así al final, lo mas probable es que reciban una indemnización sustitutiva.

Con esto en mente, lo que hace el Legislador a petición del Ejecutivo, por una parte es espinar el camino a las personas que tienen un **derecho adquirido al régimen de transición** y que fue desconocido por una norma posterior hasta el 31 de Julio de 2010 y por otra parte, a los que sí cumplieron con el requisito de las 750 semanas al 22 de Julio de 2005, se les va a respetar lo consagrado en el artículo 36 inicial de la ley 100 de 1993. Sin embargo, y aunque hay un reconocimiento irrisorio por parte del Estado, ello sigue siendo inaceptable, toda vez que si se entiende que la seguridad social es un derecho irrenunciable y si se combina ello con el Preámbulo de la Carta Política, sus artículos 1, 2, 48 y 58, más los tratados internacionales sobre derechos de segunda generación o prestacionales, resulta que se está obligando a renunciar a sus derechos, por ejemplo al empleado público que quiera llegar a la edad de

retiro forzoso para cumplir con el lleno de los requisitos luego del 2014 ó porque quiere seguir trabajando; también al empleado del nivel territorial que cumple los 55 o 60 años en el año 2015 ó posterior a éste, porque hay que recordar que la ley 100 de 1993 entró a regir a más tardar hasta el 30 de Junio de 1995 para los empleados de dicho sector.

Así mismo, también se estaría afectando, inclusive mucho más a las personas que si bien no tenían la edad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, sí cumplían con el requisito de tiempo de servicio o semanas de cotización, porque sus vidas laborales comenzaron por ejemplo en un caso extremo a los 14 o 15 años de edad, por lo que al 1° de abril de 1994 ó 30 de junio de 1995, contaban solamente con 28 años de edad o un poco más (pero menos de 35 ó 40 años dependiendo el género) y según los lineamientos de la Corte Constitucional antes de considerarles un derecho adquirido a los beneficiarios por edad, sostuvo y esa posición no ha variado, que las personas que cumplían con el requisito de tiempo de servicio o semanas de cotización tenían una expectativa legítima que a todas luces debía ser respetada. Y posteriormente, con la sentencia C 754 de 2004 tal como se verá mas adelante, les otorgó el carácter de derecho adquirido al régimen de transición, por las expectativas legítimas que tenían inicialmente.

1.2 ASPECTO LEGAL

Descendiendo de la órbita constitucional al marco legal, es necesario destacar que el régimen de transición inicialmente se presenta gracias a la ley 100 de 1993, pero no es ninguna novedad en el ordenamiento jurídico colombiano, porque anteriormente también se había presentado en la misma materia - seguridad social-, pero en otras normas como lo era el parágrafo 2º del artículo 1º de la ley 33 de 1985, el cual continúa rigiendo hasta el año 2014 para los beneficiarios del régimen de transición (gracias al acto legislativo 01 del 2005), debido a que el mismo artículo 36 que estipula el régimen transitorio, remite entre otras normas a esa, que es aplicable solamente a empleados del sector público.

Debido a lo anterior, se hace necesario destacar las diferentes modificaciones que le realizaron al artículo 36 de la ley 100 de 1993, para que el lector observe el porqué se terminó modificando una norma legal por medio de una reforma constitucional, tal vez con el pensamiento de si está en la Constitución, ésta no se puede desconocer.

Igualmente, se tendrán en cuenta las demás normas anteriores a la ley 100 de 1993 a las cuales éste remite expresamente y resultan ser más benéficas para sus beneficiarios, como es el caso del Decreto 758 de 1990, entre otras.

1.2.1 Ley 100 de 1993. Inicialmente el régimen de transición - motivo de esta investigación- se estableció en esta norma en su artículo 36, el cual afirma lo siguiente:

Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en 2 años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

Inciso 2º artículo 36 ley 100 de 1993: La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las condiciones contenidas en la presente ley.¹⁹

Lo anterior significa que a los beneficiarios del régimen de transición se les respetarán básicamente tres aspectos fundamentales: la edad, tiempo de servicios ó semanas cotizadas y el monto de la pensión, establecidos en la normatividad que venía rigiendo y era aplicable para ellos.

¹⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100 de 1993. (23 de Diciembre de 1993). Art. 36. Por medio del cual se estableció el régimen de transición en materia de pensiones.

1.2.2 Ley 797 del 2003. Mediante la expedición de esta ley el órgano legislativo del poder público se permitió eliminar por completo el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, debido a que el artículo 18 de la citada norma manifestaba que solamente conservaría la edad de las personas que tenían derecho al plurimencionado régimen transitorio, y los demás requisitos serían los establecidos en el sistema general de seguridad social en pensiones, que ella misma acababa de reformar en sus artículos 9° y 10°, los cuales a su vez modificaron los artículos 33 y 34 de la ley 100 respectivamente, o sea, lo concerniente a la pensión de vejez; haciendo mucho más oneroso el poder cumplir con dichos requisitos, toda vez que se incrementaron exponencialmente el mínimo de semanas de cotización, en la medida que a partir del año 2005 ya no serían 1000 semanas, sino 1050 y a partir del 2006, se incrementan anualmente 25 semanas, hasta completar las 1300 semanas mínimas en el año 2015, con un monto máximo a partir del 2005 del 80% del ingreso base de liquidación.

Al respecto, el artículo 18 de la ley 797 de 2003 rezaba: La edad para acceder a la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones, requisitos y monto de la pensión de acuerdo con lo señalado en el numeral 2° del artículo 33 y 34 de esta ley,

aplicables a estas personas, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.²⁰

Este artículo fue declarado finalmente inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C 1056 del 2003 por motivos de forma en el procedimiento legislativo para lograr su expedición. Sin embargo, fueron muchos los pensionados que se vieron perjudicados por dicha medida mientras estuvo vigente, debido a que solicitaron su pensión de vejez en el año 2003 y al estar vigente el artículo referido, no hubo régimen de transición que aplicarles, porque estaba más que sustancialmente modificado.

1.2.3 Ley 860 del 2003. Una vez fue declarado inexecutable el artículo 18 de la ley 797 de 2003 por la sentencia C 1056 de 2003, el Congreso de la República dio trámite a un proyecto de ley que terminaría con la expedición de la ley 860 de 2003, la cual en su artículo 4° modificó también el inciso 2° del artículo 36 de la ley 100 de 1993, lo cual conllevaría a una limitante en el tiempo para el régimen de transición - hasta el 2007-, manifestando lo siguiente:

Artículo 4° ley 860 de 2003: A partir de la fecha de vigencia de la presente ley y hasta el 31 de diciembre del año 2007, la edad para acceder a la pensión de

²⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 797 del 2003. (Enero 29 del 2003). Por medio de esta ley se reformaron algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la ley 100 de 1993 y se adoptaron disposiciones sobre los regímenes pensionales exceptuados y especiales.

vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez, de las personas que al 1° de abril de 1994 tuviesen 35 años o más de edad si son mujeres o cuarenta años de edad o más si son hombres ó 15 años o más de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados a esa fecha. A partir del 1° de enero del 2008, a las personas que cumplan las condiciones establecidas en el presente inciso se les reconocerá la pensión con el requisito de edad del régimen anterior al cual se encontraban afiliados. Las demás condiciones y requisitos de pensión aplicables a estas personas serán los consagrados en el Sistema General de pensiones incluidas las señaladas por el numeral 2 del artículo 33 y el artículo 34 de esta ley, modificada por la ley 797 de 2003.²¹

Finalmente, este artículo fue declarado inconstitucional por la Corte Constitucional en la sentencia C 754 del 2004 tanto por vicios de forma, como por vicios de fondo. Hay que resaltar también, que este artículo no hizo tanto daño como el que hizo el artículo 18 de la ley 797, dado que conservó lo establecido en el régimen de transición hasta el año 2007 y al ser declarado inexecutable en el año 2004, sus postulados no perjudicaron a ningún beneficiario del aludido régimen.

²¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 860 del 2003. (Diciembre 26 del 2003). Por medio de la cual se reformaron algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la ley 100 de 1993 y se dictaron otras disposiciones.

1.2.4 Normas a las cuales remite el artículo 36 de la ley 100 de 1993. Llegado a este punto y según lo manifestado anteriormente, el órgano legislativo al expedir la ley 100 de 1993 y haciendo prevalecer el aspecto social de la Constitución que hacía dos años se acababa de expedir, aplicando principios de equidad y proporcionalidad -quizás un poco desmesurados- ó tal vez con demasiadas expectativas en la apertura económica del mercado imperante para la época, decidió que a las mujeres y hombres con 35 y 40 años o más de edad respectivamente ó con 15 años o más de servicios cotizados, se les aplicara el régimen pensional anterior al cual se encontraran afiliados y/o vinculados, sobre aspectos de la edad, tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez.

Dentro de este marco, resulta obvio que si la ley 100 de 1993 en el apartado de pensiones trajo consigo un régimen transitorio para determinadas personas, es porque sus requisitos resultarían ser más gravosos que las estipulaciones dadas por los regímenes anteriores, entre los cuales se encuentran el Decreto 758 de 1990, la Ley 71 de 1988, la Ley 33 de 1985, el Decreto 3135 de 1968, el Código Sustantivo del Trabajo y la Ley 6ª de 1945, etc., de las cuales algunas resultan ser indiscutiblemente benéficas para las personas que tienen derecho a él, tal es el caso del Decreto 758 de 1990, el cual es el que más prerrogativas tiene en cuanto a monto pensional por el riesgo de vejez se refiere, debido a que tiene estipulado hasta un 90% del ingreso base de liquidación, con un máximo de 1250 semanas cotizadas al ISS.

1.2.4.1 Decreto 758 de 1990 (Régimen del ISS). Sin duda alguna esta norma²² es una de las más generosas y de las cuales remite el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993. Aplicable a empleados del sector público y privado. Sus requisitos para la pensión de vejez son los siguientes:

- Edad: 55 y 60 años para mujeres y hombres en ese orden.
- Semanas cotizadas: Un mínimo de 500 semanas cotizadas al ISS durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima ó haber acreditado 1000 semanas cotizadas al ISS en cualquier tiempo.
- Cuantía de la pensión de vejez: 45% del salario base de cotización, con aumentos equivalentes al 3% del mismo salario mensual base por cada cincuenta semanas de cotización con posterioridad a las primeras 500 semanas, la cual no podrá superar el 90% del salario mensual base, ni ser inferior al smlmv y tampoco podrá exceder los 15 smlmv.
- Incrementos: En un 7% sobre la pensión mínima legal por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de 18 años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario y, un 14% sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero (a) permanente del beneficiario que dependa económicamente de éste y no

²² COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. (Abril 11 de 1990). Por medio del cual se aprobó el acuerdo 049 del febrero 1 de 1990, emanado del consejo nacional de seguros sociales obligatorios.

disfrute de una pensión. Estos incrementos no podrán exceder en un 42% la pensión mínima legal.

Resulta claro lo generosa que resulta aplicar esta norma a un beneficiario de la misma, debido a que con solo 1250 semanas de cotización al Instituto de Seguros Sociales, adquiere una pensión con un monto del 90% de su ingreso base de liquidación; en cambio, con los requisitos vigentes, los cuales están estipulados en la ley 797 de 2003, se exige para este año un mínimo de 1200 semanas para adquirir una pensión máxima entre el 70.5% y 80% del IBL, sin contar las semanas adicionales para llegar a ese porcentaje.

1.2.4.2 Ley 71 de 1988. En cuanto a esta ley, la misma regula algunos aspectos sobre pensiones, entre los cuales se encuentra el artículo 7° que a partir de su vigencia (Diciembre 19), los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social o de las que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco años o más si es mujer, con

un monto del 75% del salario base de liquidación, con un tope máximo de 20 smlmv.²³

Lo benéfico de esta norma para los empleados del sector público, se encuentra determinado en que con tan solo 20 años de aportes (1000 semanas cotizadas aproximadamente) y la edad requerida, se adquiere el derecho a la pensión de vejez con un monto del 75% del IBL.

1.2.4.3 Ley 33 de 1985. Esta es una norma²⁴ aplicable solamente a empleados oficiales, la cual tiene estipulado como requisitos para la pensión vitalicia de jubilación los siguientes requisitos:

- Calificación del empleado: Oficial
- Tiempo de servicio: 20 años continuos o discontinuos
- Edad: 55 años para hombres y mujeres
- Cuantía: 75% del salario base que sirvió para los aportes durante el último año.

A su vez, esta ley tiene incorporado un régimen de transición, el cual dispone que: los empleados oficiales que a la fecha de expedición de la misma (Enero

²³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 71 de 1988. (Diciembre 19 de 1988). Por medio de la cual se expidieron normas sobre pensiones y otras disposiciones.

²⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 33 de 1985. (Enero 29 de 1985). Por la cual se dictaron algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.

29 de 1985) hayan cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, se les seguirán aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley. Las normas aplicables sobre edad que ésta norma remite es al Decreto 3135 de 1968 para los empleados del nivel territorial y Nacional, que contempla 50 y 55 años para mujeres y hombres en dicho orden.

Al igual que la norma anterior, aunque esta vez se habla de tiempo de servicio (20 años) continuos o discontinuos, sus beneficiarios, una vez cumplan con el requisito de edad mínima -si así lo desean- pueden solicitar su pensión de jubilación con un monto del 75% -IBL- del último año de servicio.

1.2.4.4 Decreto 3135 de 1968 Art. 27. Aplicable a los empleados públicos o trabajadores oficiales del orden nacional que hayan servido durante 20 años continuos o discontinuos y lleguen a la edad de 55 años si es varón o 50 si es mujer, tendrán derecho a que la respectiva entidad de previsión le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación, equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.²⁵

²⁵ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 3135 de 1968. (Diciembre 26). Por el cual se previó la integración de la seguridad social entre el sector público y privado, y se reguló el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.

Igualmente, en el párrafo 2° del mismo artículo se consagró un régimen de transición para aquellas personas que a la entrada en vigencia del mismo (Diciembre 26) hayan cumplido 18 años continuos o discontinuos de servicios continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad al presente decreto, es decir, la ley 6ª de 1945.

Al ser una norma aplicable exclusivamente a los empleados públicos y trabajadores oficiales del orden nacional, otorga también un monto fijo del 75% del IBL para la pensión de vejez, sin embargo, éste Decreto varía respecto a la edad de jubilación, puesto que exige a los hombres y mujeres 55 y 60 años de edad respectivamente.

1.2.4.5 Código Sustantivo del Trabajo Art. 260. Expedido por el Gobierno de turno mediante el Decreto Legislativo 2663 de 1950²⁶, este Código en materia de pensiones es un tanto restringido, debido a que solamente se obligaba a empleadores (Empresas) con un capital mayor a \$800.000 y exigía como requisitos para la pensión de jubilación: 20 años de servicios continuos o discontinuos; una edad de 50 y 55 años para las mujeres y hombres respectivamente, con una cuantía del 75% del promedio del salario base del último año de servicio, el cual no podía ser inferior al smlmv, ni

²⁶ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Código Sustantivo del Trabajo. Modificado por el Decreto 3743 de 1950 y Adoptado como ley mediante la ley 141 de 1961. En este Código no se habla de pensión de vejez, sino de pensión de jubilación.

superior a 22 smlmv, esto último según lo estipulado en el artículo 2° de la ley 71 de 1988²⁷, apenas comenzó a regir.

1.2.4.6 Ley 6ª de 1945 Art. 17. Reconoce una pensión vitalicia de jubilación para los empleados y obreros nacionales, cuando estos hayan llegado o lleguen a 50 años de edad, después de veinte años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$30) ni exceder de doscientos pesos (\$200) en cada mes.²⁸

Ahora bien, una vez se resaltaron los beneficios que otorga el régimen de transición establecido en las normas a las cuales remite el inciso segundo del artículo 36 de la ley 100 de 1993, es necesario manifestar que sus destinatarios pueden -si así lo desean- pensionarse por vejez también con la ley 100 de 1993 y/o la ley 797 del 2003, eso sí, siempre y cuando (opera para todas las normas anteriores también), cumplan con todos y cada uno de los requisitos establecidos en cada cuerpo normativo, aplicando así el principio legal de

²⁷ La ley 71 de 1988 en su artículo 2° afirma lo siguiente: Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual, ni exceder quince (15) veces dicho salario; salvo lo previsto en convenciones colectivas, pactos colectivos y laudos arbitrales.

²⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 6ª de 1945. (Febrero 19 de 1945). Por medio de la cual se dictaron algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo.

inescindibilidad²⁹ de la norma, puesto que no se puede aplicar los aspectos más relevantes de una u otra que le convengan a cada afiliado.

Para resumir lo dicho en este acápite, todas estas normas pueden llegar a ser mucho más generosas en cuanto al monto de la pensión ó en su defecto, frente a la edad y/o frente al tiempo de servicios o semanas cotizadas que se encuentran reguladas en la ley 100 modificada por la ley 797 del 2003, la cual por ejemplo exige como mínimo este año -2011- 1200 semanas, las cuales siguen aumentando en 25 semanas cada año, hasta completar las 1300 semanas mínimas en el 2015 (70.5% del IBL), y si se compara con el Decreto 758 de 1990, con 1250 semanas se alcanza hasta un 90% del IBL; ejemplo que evidencia el retroceso en materia de derechos económicos, sociales y culturales que se tuvo que implementar mediante una reforma constitucional para modificar una ley.

1.3 ASPECTO JURISPRUDENCIAL

Dentro del marco del nuevo Estado Social y Democrático de Derecho, la Corte Constitucional cumple un papel extremadamente importante, debido que es a quien le compete la guarda y la supremacía de la Carta Política según el

²⁹ Según el artículo 31 del Código Civil: “Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes”.

artículo 241 de la misma, motivos por los cuales sus pronunciamientos, en especial las sentencias tipo C, T y SU que expide, van encaminadas a la interpretación e integración del derecho, además que tutela principalmente dos aspectos fundamentales, como lo son: los derechos fundamentales y la jerarquía normativa de las diferentes normas.

Es por ello que se tomaron entre otras sentencias la C 789 de 2002, C 754 de 2004, T 818 de 2007 y T 398 de 2009, las cuales tratan de una manera clara y precisa lo más relevante y concerniente del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

1.3.1 Sentencia C 789 del 2002. Es necesario destacar que en esta sentencia, si bien se trata el tema del régimen de transición, no se hace por referencia a lo indicado en el acto legislativo 01 del 2005, sino por el cambio que realizan los afiliados del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, el cual conllevaba a la pérdida del régimen de transición. Pero, por motivos de ilustración es tomada y estudiada esta sentencia, en la medida que se empieza a vislumbrar conceptos de la Corte Constitucional con referencia a un mismo tema, cual es, el régimen de transición, al manifestar en un principio que “el Legislador no está obligado a mantener en el tiempo las expectativas que tienen las personas conforme a las leyes en un momento determinado”, porque “prevalece su potestad configurativa, la cual le permite darle prioridad a otros intereses que permitan

el adecuado cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho”. Sin embargo, “debe consultar parámetros de justicia y equidad, y que, como toda actividad del Estado, está sujeta a los principios de razonabilidad y proporcionalidad”.

De la misma manera, y atendiendo a la protección de las expectativas legítimas de los trabajadores y la interpretación mas favorable, “los tránsitos legislativos deben ser razonables y proporcionales, y por lo tanto, la ley posterior no podría desconocer la protección que ha otorgado a quienes al momento de entrada en vigencia del sistema de pensiones llevaban más de quince años de trabajo cotizados”, porque “resultaría contrario al principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la ley 100 de 1993, terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraba a recibir su pensión”.³⁰

Para este caso, si bien se sabe que estrictamente los afiliados al sistema pensional no tienen en estricto sentido un derecho adquirido, se empieza a notar que desde la jurisprudencia hay un respeto por las expectativas legítimas, y la razón para este momento histórico apenas es lógica, porque los 15 años de servicios que equivalen a las tres cuartas partes para adquirir el

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Op. Cit. Sentencia C 789 de 2002.

derecho a una pensión de vejez o de jubilación bajo los términos del artículo 33 original de la ley 100, ya los recorrió; entonces en este caso es una “verdadera” expectativa legítima, motivos por los cuales, la libertad de configuración del legislador se **limita** al momento de regular algún tema referente a las personas que cumplen con este requisito.

De lo anterior se puede concluir que se deben tener en cuenta dos aspectos referentes al régimen de transición:

1. La prestación económica ofrecida por el régimen de transición (pensión), debido a que mientras no se adquiriera es una expectativa legítima, y
2. El régimen como tal, su pertenencia al mismo es una situación jurídica que el Legislador no puede desconocer.

1.3.2 Sentencia C 754 del 2004. Se puede decir que ésta es una de las sentencias mas importantes -sino la más- en torno al régimen de transición, en la medida que presenta detalladamente al mismo como “un mecanismo de protección, para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo”.

Así mismo, sobre el régimen de transición afirmó también: “este instrumento ampara a los trabajadores, hombre y mujeres, que al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, tuvieran más de cuarenta años o treinta y cinco años respectivamente, y a quienes independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados”; y los amparados por este régimen, “Si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo”; motivos por los cuales el Legislador no podrá, de manera heterónoma desconocer la expectativa legítima de quienes están incluidos en el régimen de transición y esperan recibir su pensión con las condiciones previas a la ley 100 de 1993.³¹

Es importante destacar además, que se relaciona en esta sentencia, disposiciones de una decisión de tutela previa en Sala de Revisión de la misma Corporación, en la cual se manifestó que “el régimen de transición comporta para sus beneficiarios hacer realidad su expectativa de acceder a la prestación de vejez, tal como el régimen lo permite, de modo que si el trabajador cumple con los requisitos legalmente exigidos, no se lo puede despojar de los beneficios que implica, puesto que por esa vía, se propicia la vulneración de sus derechos fundamentales de igualdad y de seguridad social”.³²

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Op. Cit. Sentencia C 754 de 2004.

³² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 534 de 2001. (Mayo 21 del 2001). M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Continúa la Corte afirmando: “Por razones obvias, la situación en que se encuentran las personas que están más cerca de cumplir los requisitos legales exigidos, para ser acreedores al derecho a la pensión, no es la misma de aquellos trabajadores que apenas han iniciado su vida laboral, llevan poco tiempo de servicio, o están lejos de la edad exigida. Entonces estas situaciones de orden fáctico justifican el trato diferente, razón para que en muchas legislaciones se consagre un régimen de transición, cuando sobrevenga un cambio de la legislación en la materia. Así las cosas, el régimen de transición se traduce en la supervivencia de normas específicas favorables y preexistentes a una ley general de pensiones”.

“Se trata de un derecho ex – lege porque nace de una norma que expresamente lo establece y que señala criterios razonables para gozar de la excepcionalidad. Una vez entre en vigencia la norma que establece el régimen transitorio, las personas que reúnen los requisitos para adquirirlo consolidan una situación jurídica concreta que no puede ser menoscabada. Es además un auténtico derecho subjetivo que le da a su titular el derecho a que se le reconozca la prestación en las condiciones establecidas en la normatividad anterior y a acudir ante la jurisdicción en caso de incumplimiento. Como además los derechos provenientes de la seguridad social son irrenunciables, (artículos 48 y 53 C.P.), con mayor razón se requiere un régimen de transición”.

“Una vez que haya entrado en vigencia la disposición que consagra el régimen de transición, los trabajadores que cumplan con los requisitos exigidos para el

mismo, consolidan una situación jurídica concreta que no se les puede menoscabar. Además adquiere la calidad de derecho subjetivo que no puede ser desconocido por ningún motivo, pues le da a su titular la posibilidad del reconocimiento de la prestación en las condiciones prescritas en la normatividad anterior y la de acudir al Estado a través de la jurisdicción para que le sea protegida en caso de desconocimiento de la misma”.

Advierte además, que de todo lo anterior se desprende que el Legislador al expedir la norma acusada, no tuvo en cuenta que, como se explicó en la Sentencia C 789 de 2002, si bien frente a un tránsito legislativo y al régimen de transición respectivo el derecho a la pensión no es un derecho constitucional adquirido, sino una expectativa legítima, sí existe un derecho al régimen de transición de las personas cobijadas por el mismo.

Finalmente, la Corte concluyó que la norma acusada (artículo 4° ley 860 de 2003), la cual modificó el inciso 2° del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 de manera temporal hasta el 2007, no solo resulta inexecutable por los vicios de procedimiento estudiados en la referida sentencia, sino que su contenido material tampoco se aviene a la Constitución, llegando a afirmar al final que para proteger de manera efectiva el principio de igualdad, respecto de las personas a quienes el artículo acusado que se declara inexecutable hubiera llegado a aplicarse, la presente sentencia tendrá efectos desde la fecha de promulgación de la ley 860 de 2003.

1.3.3 Sentencia T 818 del 2007. Este fallo de la Corte Constitucional, se puede decir sin temor a equívocos, que es **fundamental** para la defensa de los intereses de las personas que al momento en entrar en vigencia la ley 100 de 1993 cumplían con los requisitos establecidos en el artículo 36 de la misma, toda vez que el alto tribunal manifiesta y de una manera segura que “La Corte ha indicado en su jurisprudencia que el régimen de transición fue reconocido únicamente para los trabajadores que estaban afiliados al régimen de prima media con prestación definida y que al entrar en vigencia el sistema de pensiones tenían 35 o más años, si eran mujeres, o 40 o más años si se trataba de hombres, o llevaban 15 o más años de servicios cotizados. Estos requisitos son disyuntivos, por lo que basta con que en cabeza de una persona se configure alguna de las dos premisas anteriormente descritas para que frente al Estado Social de Derecho aquel ostente un derecho adquirido al régimen de transición.

La adquisición de un determinado derecho implica siempre que en cabeza de un titular se cumplan ciertas condiciones, lo que acarrea como consecuencia jurídica que en su patrimonio se configure una situación jurídica concreta.

Esto significa que el derecho a pensionarse bajo los parámetros establecidos en el sistema anterior a aquel establecido en la ley 100 de 1993, **es un derecho adquirido** para aquellas personas que cumplían al menos uno de los requisitos para formar parte de dicho régimen. (Subrayas y resaltado por fuera del texto original)

En este orden de ideas, se presenta un derecho adquirido cuando: (i) es *predicable de un sujeto* y (ii) *los hechos descritos en las premisas normativas se cumplen* (iii) *ingresando definitivamente en el patrimonio de la persona*.

Por tanto, aquellas personas que, al momento de entrar en vigencia la ley 100 de 1993, hubiesen cotizado 15 años o cumplieran con los requisitos de edad dependiendo el género al cual pertenezcan, adquirieron el derecho a pensionarse bajo los parámetros definidos en el sistema anterior.³³

1.3.4 Sentencia T 398 del 2009. Comienza el alto Tribunal Constitucional afirmando que: La Constitución Política en su artículo 53 contempla la irrenunciabilidad a los beneficios reconocidos por las normas laborales, así como el principio de favorabilidad en materia laboral. Por ello, cuando una entidad niega una prestación pensional por desconocimiento del régimen legal aplicable, incurre en una vía de hecho por desconocimiento del principio de favorabilidad y del derecho adquirido del cual goza quien cumple ciertas prerrogativas dispuestas por la ley en determinado momento.

Continúa la Corte afirmando lo expuesto y lo manifestado en la sentencia T 818 de 2007, la cual según lo indicado anteriormente, define que el régimen

³³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 818 de 2007. (Octubre 4 de 2007). M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería.

de transición es un derecho adquirido de las personas que cumplían uno de los dos supuestos a que se refiere el artículo 36 de la ley 100 de 1993, bien sea la edad o el tiempo de afiliación, y por ello aquel derecho (régimen de transición) era irrenunciable.³⁴

En conclusión, y según lo visto en las diferentes sentencias de la Corte Constitucionales enseñadas previamente, las personas que por un motivo u otro contaran con el cumplimiento de uno de los dos requisitos para hacerse beneficiarios del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 una vez entró en vigencia, adquirieron el derecho a pensionarse bajo cualquier norma anterior, eso sí, siempre y cuando cumpla con el lleno de todos los requisitos de la norma que invoque, ello para preservar el principio de inescindibilidad de la norma.

³⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (Junio 4 de 2009). Sentencia T 398 de 2009. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA PENSIONAL Y DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Debido al concepto de Estado Social de Derecho que impera en el Estado colombiano, es la misma Constitución Política quien dentro de su contenido consagra una serie de derechos y obligaciones para los asociados, los cuales deben ejercitarse y cumplirse mediante la atención permanente de unos principios y valores, para asegurar que dicho concepto **-social-** sea alcanzado y aplicado tanto en su contenido formal, como en el material. En este orden de ideas, dentro de la Carta Política se encuentran principios como el de Sostenibilidad Financiera del Sistema y el de Progresividad de los derechos sociales, económicos y culturales, ambos consagrados en el artículo 48, para aplicarlos concretamente al derecho a la seguridad social -en este caso pensiones-; siendo el primero de ellos un tanto realista, que busca preservar un equilibrio en el sistema general de pensiones y el segundo un tanto romántico e idealista, que implica por parte del Estado el deber de avanzar en la materialización del derecho en cabeza de todas las personas, procurando el alcance de mayores beneficios por parte de la población.

2.1 PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA PENSIONAL

De la normatividad existente en el país, no es posible extraer una definición amplia de esta figura jurídica, pues los textos legales que históricamente han consagrado el régimen de pensiones y en especial los de transición, nunca lo habían tratado o regulado directamente, hasta la expedición del acto legislativo 01 de 2005, el cual lo creó para el sistema pensional y adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, al manifestar que “las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas”.

Ahora bien, como se acabó de decir, no hay una definición precisa que se encargue de desarrollar de una manera clara y contundente el mandato de sostenibilidad financiera del sistema pensional, puesto que si bien es cierto que el acto legislativo 01 de 2005 trató de ser muy minucioso en la regulación de algunos aspectos como lo relacionado con el régimen de transición, respecto a este principio simplemente lo enunció, y de él se pueden derivar consecuencias, como la de garantizar el derecho pensional tanto de quienes se encuentren recibiendo este beneficio con causa en el sistema general, como los

que la reciban de entes privados o públicos por la vía de derechos adquiridos consagrados en pactos, convenciones, laudos o acto jurídico alguno.³⁵

Igualmente, debido a que los recursos económicos del Estado son escasos, se impone la necesidad de buscar fórmulas donde ellos maximicen el bienestar de la población. Luego en teoría, la sola mención de la “sostenibilidad financiera” debería jugar a favor del sistema. Sin embargo, dicho concepto no es objetivo y depende de múltiples variables, lo que hace difícil optar por una definición integral.³⁶

Al respecto, para dar mayor claridad sobre el referido principio, cabe destacar, lo estipulado en la exposición de motivos que produjo la expedición del acto legislativo 01 del 2005: “En la medida en que el país ha venido haciendo un esfuerzo considerable por sanear el problema pensional, es fundamental establecer mecanismos para evitar que en un futuro dicho esfuerzo pueda verse desperdiciado. Por tal razón, se propone incluir como principio constitucional el de la sostenibilidad financiera del sistema. Lo anterior implica, por consiguiente, que en cualquier regulación futura que se haga del régimen pensional se debe preservar su equilibrio financiero, evitando por consiguiente situaciones críticas como las que podrían producirse de no

³⁵ CARRILLO GUARÍN. Op. Cit. p. 64 y 65.

³⁶ CASTILLO CADENA, Fernando. Los principios de progresividad en la cobertura y de sostenibilidad financiera de la seguridad social en el derecho constitucional: una perspectiva desde el análisis económico. En: Universitas. N° 112, Julio a Diciembre de 2006. Pontificia Universidad Javeriana.

adoptarse las reformas que han venido siendo estudiadas por el Congreso y el presente acto legislativo”.³⁷

Otra aproximación, muy personal del autor de esta monografía de grado, para complementar la anterior conceptualización del mandato de sostenibilidad financiera del sistema pensional, es, que hace referencia al manejo eficiente de los recursos de cada uno de los fondos del sistema de pensiones, existiendo así una relación directa entre aportes y/o requisitos y beneficios de los mismos, para que el mismo sistema asegure el reconocimiento y pago de las diferentes contingencias preestablecidas en forma adecuada, oportuna y sobretodo proporcional, a los afiliados ó sus beneficiarios.

De esta manera, si se tiene en cuenta que la idea es que cada régimen de pensiones pueda contar con recursos propios, para poder cumplir con las obligaciones dadas según los lineamientos de las diferentes normas que lo regulan, es necesario destacar que para el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) no hay un problema relevante que destacar, toda vez que él mismo es “auto-sostenible”, debido a que cada afiliado soporta su propio futuro pensional con sus cotizaciones, bonos pensionales si tiene derecho, aportes voluntarios si así lo desea, más los rendimientos que le den las Administradoras de Fondos de Pensiones según el portafolio de inversiones que maneje.

³⁷ CARRILLO GUARÍN. Op. Cit. p. 115.

En este orden de ideas, todo lo contrario ocurre con el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), el cual si bien hace parte del Sistema General de Pensiones junto al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no es del todo auto-sostenible en comparación con este último, toda vez que en el -RPMPD- se habla de un fondo común de naturaleza pública, en donde todos los afiliados realizan sus cotizaciones a una sola cuenta que al final se encarga de efectuar el cubrimiento de las diferentes contingencias, una vez cumplan solamente con dos requisitos para el caso de la pensión de vejez, los cuales son la edad (55 años para las mujeres y 60 años para los hombres) y un número de semanas determinadas, las cuales para este año son 1.200, y seguirán aumentando anualmente en 25, hasta completar las 1300 semanas en el año 2015.

Así las cosas, y adentrándose un poco más en los objetivos planteados, al hablar del nuevo principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional en el régimen de prima media es casi que hablar de quiebra segura, con datos que no son muy alentadores, como por ejemplo a la entrada en vigencia del ISS se preveía que por cada 200 afiliados iba a existir un pensionado (cosa que no fue así); al lado de lo anterior, según el presidente de Asofondos Santiago Montenegro, afirma que el cambio en la pirámide poblacional del país ha agravado la sostenibilidad del régimen de prima media y continúa manifestando que en 1980 por cada pensionado habían 30 contribuyentes, en 1999 la proporción era de un pensionado por cada 13 contribuyentes y para el

año 2009 “la situación es dramática”, por cada pensionado hay dos contribuyentes.³⁸

Dentro de este contexto, el régimen de prima media actualmente cuenta con 1.091.036 pensionados aproximadamente, de los cuales Colpensiones (Anteriormente denominado ISS) tiene 827.789 y Cajanal 235.158. Del mismo modo, se destacan las pensiones de los Congresistas, Foncolpuertos, Universidad Nacional y las del mismo régimen en general, en donde las primeras superan los 20 salarios mínimos legales mensuales vigente (smlmv), el segundo grupo 6.8, el tercero 5.9 y el último grupo, en donde se encuentra ubicada la mayoría de los pensionados, solo percibe en promedio 1.67 smlmv.

Además de lo anterior, se debe aunar que según estudios económicos de la materia, es que “*en ninguno de los dos regímenes, las personas que cotizan tres salarios mínimos o menos alcanzan a financiar su propia pensión mínima*”. Es el Estado quien aporta los recursos para completar el monto requerido en el régimen de prima media o en el Fondo de Garantía de Pensión Mínima”.³⁹ (Resaltado por fuera del texto original)

También hay que tener en cuenta que desde hace cinco años aproximadamente se acabaron las reservas del ISS y el pago de las mesadas de los pensionados

³⁸ Vaya lío fiscal. En: Revista semana. Bogotá. Sábado 28 de Noviembre de 2009.

³⁹ *Ibíd.*

de dicha entidad pasó a manos del Estado, es decir, que todos los colombianos deben contribuir al pago de dichas obligaciones (generalmente por medio del pago de impuestos), que para el año anterior equivalía a 21.41 billones de pesos (4.3% del PIB), para este nuevo año la suma es de 24,3 billones (4.5% del PIB) y para el siguiente se prevé el equivalente a 4.7% del PIB, el cual se mantendría estable por dos años mas, es decir, hasta el 2013.⁴⁰

Paralelamente a esto, hay que advertir que las cifras anteriores pueden resultar sorprendentes, pero nada más lejos de la realidad, puesto que en dichas cuentas que si bien es cierto hacen parte del Presupuesto General de la Nación de cada año, se están teniendo en cuenta todos los rubros a pagar por mesadas pensionales. Es decir, se sumaron todos los regímenes especiales existentes (Ecopetrol, Sena, Banco de la República, Congreso, Altas Cortes, Entidades municipales, Departamentales, etc.) aunque dejen de existir a partir del 1 de Agosto de 2010 por el Acto Legislativo 01 de 2005; por lo que en realidad no es que el Régimen de Prima Media no sea viable del todo, lo que pasa es que si se suman todos los regímenes especiales existentes hasta hoy, donde todos son del sector público y se caracterizan en su mayoría por ser excesivos en cuanto a proporcionalidad entre lo aportado y lo devengado, resulta ser escandaloso, sin embargo, se puede afirmar categóricamente que dichos pagos no son un favor del Estado, sino todo lo contrario, es una obligación reglamentada como contraprestación que tiene él mismo para con los afiliados

⁴⁰ Gastos del Gobierno para pagar mesadas pensionales aumentará 13.5% el próximo año. En: Diario el Tiempo. Sección de economía. Domingo 15 de Noviembre de 2009.

al sistema pensional, luego de que éstos cotizaran durante toda una vida de trabajo.

Entonces, no es que el problema en sí sea el régimen de prima media, el inconveniente obedece a un letargo en las directrices que en su momento ofrecieron los órganos Ejecutivo y Legislativo, los cuales no previeron debidamente las repercusiones que tendría el régimen de transición, dado que las modificaciones que se hicieron con las leyes 797 y 860 del 2003, para luego llegar al acto legislativo 01 del 2005 dan fe de ello. Ahora bien, cuando una norma otorga un derecho, es porque tanto el órgano ejecutivo como el legislativo aseguraron en el respectivo trámite la provisión presupuestal esperada y necesaria para financiar las prestaciones económicas de la población protegida,⁴¹ cosa que al parecer no sucedía anteriormente.

Dicho lo anterior, el órgano ejecutivo con el acto legislativo 01 de 2005 pretende corregir los desfases de derechos prestacionales que leyes anteriores han otorgado y tienen como destinatario de dichas políticas a los beneficiarios del sistema de pensiones, puesto que son ellos quienes ahora deben hacerse cargo de la deuda pasada y la actual, lo cual es acorde al principio de solidaridad de la seguridad social, pero resulta ser un tanto excesivo, toda vez que se carga completamente los déficit presupuestales que se han generado previamente a las generaciones actuales, quienes no tienen la culpa de las ineptitudes, faltas de control, previsión de las leyes expedidas, carencia de

⁴¹ CASTILLO CADENA. Op. Cit. p. 139.

estudios concienzudos y serios de los legisladores, y de la rama ejecutiva al momento de expedir y/o sancionar las diferentes normas que regulan todo lo concerniente con la seguridad social, en especial, el apartado de las pensiones.

Llegado a este punto, es oportuno destacar que el concepto de sostenibilidad financiera del sistema pensional, si bien va encaminado al aseguramiento de las diversas contingencias que por ley le correspondan, el resultado de estas se van a ver reflejadas a largo plazo, porque al incrementarse las semanas de cotización hasta las 1300 semanas en el 2015 y con el incremento de las edades en 57 para las mujeres y 62 para los hombres a partir del año 2014, lo que se pretende es hacer más espinoso el cumplimiento de los requisitos para que los afiliados al régimen de prima media se puedan pensionar y así acumular un poco más de capital y al mismo tiempo, evitarle erogaciones mayores al Estado en el pago de las mesadas pensionales; es por ello que estas políticas públicas que de momento se dirigen a “salvaguardar” dicha sostenibilidad, van más encaminadas a buscar un freno momentáneo en los dineros destinados al pago de pensiones por parte del Estado sigan aumentando.

Se puede concluir este apartado concerniente al mandato de sostenibilidad financiera, afirmando entonces que este principio acuñado a la Carta política mediante el acto legislativo 01 de 2005, si bien está encaminado a salvaguardar los activos del Sistema General de Pensiones para hacerlos más viables, sosteniendo que toda nueva norma debe prever lo contenido en ella,

en el fondo y en el corto plazo lo que se busca es evitar a toda costa una mayor cantidad de gastos por parte del Estado, toda vez que es él quien termina asumiendo la carga pensional del régimen de prima media y la garantía de pensión mínima del régimen de ahorro individual con solidaridad; además, que se toma dicho concepto como si los aportes del Estado al sistema pensional fueran una carga y no una obligación por este último. Al respecto, dicha “sostenibilidad financiera” puede terminar siendo el producto de un ajuste fiscal en cabeza de los ciudadanos y no el tratamiento responsable de las autoridades del Estado en la gestión del gasto público.⁴²

2.2 PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Los derechos humanos incorporan la noción que es deber de las autoridades asegurar, mediante prestaciones públicas, un mínimo de condiciones sociales materiales a todas las personas, idea de la cual surgen los llamados derechos humanos de segunda generación o derechos económicos, sociales y culturales, es por ello -y muchas consideraciones más-, que la Constitución acoge la fórmula de Estado Social de Derecho, lo cual implica para este caso que las autoridades buscan no sólo garantizar a las personas esferas libres de interferencia ajena, sino también el deber realizar **progresivamente** dichos

⁴² CARRILLO GUARÍN. Op. Cit. p. 65.

derechos.⁴³ Además, ha de tenerse en cuenta que todos los derechos consagrados en la Carta deben cumplirse independientemente de las condiciones económicas que aduzca el gobierno de turno para sustraerse de su obligación de garantizarlos.⁴⁴

Dicho esto, en el artículo 48 Superior se estableció el Principio de Progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), al igual que el de Sostenibilidad Financiera del Sistema Pensional⁴⁵ (éste último posterior), siendo ambos inherentes a los derechos de segunda generación y predicables en este caso del derecho a la seguridad social por expreso mandato del artículo referido, ha sido desarrollado “in extenso” por la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴⁶, la cual ha sostenido que “existen unos contenidos mínimos o esenciales de satisfacción de ese derecho que el Estado debe garantizar a todas las personas. Esto es, *la progresividad hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores en relación con cada uno de esos derechos sociales prestacionales*, pero ese mandato no excusa el

⁴³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 406 de 1992. (Junio 5). M.P. Dr. Ciro Angarita Barón.

⁴⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 1165 del 2000. (Septiembre 6). M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

⁴⁵ Aunque este Principio es relativamente nuevo en la Carta Magna debido a que se consagró en el Acto Legislativo 01 de 2005 (una de las tantas modificaciones que se le han dado a la Constitución desde que fuera dada por la Asamblea Constituyente en 1991), ello no quiere decir que no se aplicara anteriormente, puesto que en las leyes 797 y 860 del 2003 en sus artículos 18° y 4° respectivamente se aplicó para el caso de modificar el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

⁴⁶ Las sentencias C 251 de 1997; SU 225 de 1998; C 1489 del 2000; C 038 del 2004, T 221 del 2006 y T 078 del 2008 entre muchas otras se han encargado de desarrollar el Principio de Progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, coberturas universales de los contenidos mínimos de esos derechos”.⁴⁷

En este orden de ideas, este principio se encuentra fundamentado también en diferentes textos normativos de carácter internacional, tal es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos⁴⁸ en su artículo 26, el cual reza lo siguiente: Desarrollo Progresivo “Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

Igualmente, otro tratado internacional ratificado por el Congreso de la República de Colombia que contiene el ya plurimencionado principio constitucional de progresividad, es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁴⁹ el cual afirma en su artículo 2 inciso 1°

⁴⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 251 de 1997. M.P. (Mayo 28). Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁸ CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. En: Revista de derecho. N° 3. Lima, 1993. p. 301-330.

⁴⁹ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Suscrito el 16 de Septiembre de 1966 y Ratificado el 29 de Octubre de 1969. Aprobado por la ley 74 de 1968.

que: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

Otro texto de representación internacional que contiene el principio previamente aludido, es el artículo 1 del Protocolo de San Salvador,⁵⁰ que fue ratificado y posteriormente aprobado por el Estado colombiano mediante la ley 319 de 1996. El referido artículo manifiesta lo siguiente: Obligación de adoptar medidas “Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”.

Así las cosas, y según lo establecido en el artículo 93 de la Constitución Política de 1991, los derechos y deberes consagrados en ella misma han de interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por el Estado, así como también, dichos tratados

⁵⁰ PROTOCOLO DE SAN SALVADOR. Op. Cit.

prevalecen en el orden interno, si sus disposiciones son más favorables, debido a que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, para efectos de determinar el alcance y contenido de los derechos constitucionales, pues no otro puede ser el sentido de la cláusula de remisión del inciso segundo del artículo 93, debido a que “constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos”.⁵¹

Ahora bien, el mandato de progresividad según palabras de la Corte Constitucional, como ya se había manifestado previamente, hace referencia al reconocimiento de prestaciones y protecciones mayores y superiores en relación con cada uno de esos derechos sociales, pero ese mandato no excusa el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, los contenidos mínimos de esos derechos.⁵²

En efecto, la Corte Constitucional afirma que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un

⁵¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 1319 del 2001. (Diciembre 7). M.P. Dr. Rodrigo Uprimny Yepes.

⁵² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 225 de 1998. (Mayo 20). M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático, puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad.

Cierto también es que los Estados pueden enfrentar dificultades que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, por ello es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición *prima facie*. Lo anterior significa que un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social.⁵³

Aunado a esto, la misma sentencia con base en argumentos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas⁵⁴ ha señalado que todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga; además, que existe una fuerte presunción de que no son

⁵³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 038 del 2004. (Enero 27). M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

⁵⁴ Este Comité es el intérprete autorizado del PIDESC.

permisibles las medidas regresivas, por ello, si se adopta cualquier medida deliberadamente regresiva, corresponde al Estado argumentar que se han aplicado tras el examen debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte.

En este contexto es necesario manifestar también, que cuando de medidas regresivas se trata, el legislador debe acreditar que las mismas no fueron adoptadas en forma inopinada, sino que fueron el resultado de un estudio cuidadoso, en el cual se tuvieron en cuenta distintas alternativas. Además, debe establecerse que las alternativas menos lesivas en términos de protección de los derechos involucrados, no eran igualmente eficaces y finalmente, debe poder acreditarse que la medida no sea desproporcionada, en estricto sentido, de manera que el retroceso en la protección del derecho afectado no aparezca excesivo frente a los logros obtenidos.⁵⁵

Al respecto la Defensoría del Pueblo, según el ordenamiento jurídico vigente referido a los derechos económicos, sociales y culturales, manifiesta que éstos imponen a las autoridades tres tipos distintos de obligaciones: (i) la obligación de respetarlos, que les impone el deber de abstenerse de interferir con su goce efectivo, (ii) la obligación de protegerlos, es decir, de prevenir su violación por terceros, y (iii) la obligación de materializarlos, a través de la adopción de medidas legislativas, administrativas, presupuestales, judiciales u otras que

⁵⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 221 del 2006. (Marzo 23). M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

sean procedentes para su plena realización. Igualmente, afirma que todos esos tipos de obligaciones contienen elementos de medio y de resultado, positivos y negativos.⁵⁶

Más aún, en opinión del autor el mandato de progresividad de los derechos de segunda generación impone también al Estado la obligación de un proceder eficaz y eficiente, avanzando constante y permanentemente con el objetivo de lograr plenamente la efectividad de los derechos que busca proteger, sin retrocesos injustificados y demasiado fundamentados, porque si se hace lo contrario, corrompe no solo lo estipulado en el artículo 48 Superior, sino también, todos los instrumentos internacionales relacionados previamente, los cuales propenden por avanzar en vez de retroceder, en cuanto a logros alcanzados se refiere en materia de derechos prestacionales.

Con todo y lo anterior, frente a este apartado referente al principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, cabe señalar que en un Estado Social de Derecho como el colombiano, se requiere de la continua intervención del Estado para que los derechos de segunda generación no sean derechos de carácter retórico, sino que toda actuación y formulación de políticas públicas debe llevar a que todos los habitantes gocen de ellos.⁵⁷

⁵⁶ COLOMBIA. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Bogotá D.C. 2004. Derechos económicos, sociales y culturales. Derecho a la seguridad social en pensiones. p. 16.

⁵⁷ HENAO, Luís Fernando. La Corte Constitucional con los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En: Trabajo y Cultura. N° 53. Diciembre de 2003. p. 39.

Dicho esto, el autor es partícipe de la teoría de la Corte Constitucional que manifiesta que no todo retroceso o regulación más estricta de uno de los derechos de segunda generación o prestacionales es un retroceso,⁵⁸ puesto que ello llevaría a una petrificación del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, una vez se analiza el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional del acto legislativo 01 del 2005 y lo contenido en el párrafo transitorio n° 4 del mismo, frente al artículo 36 original de la ley 100 de 1993 y el mandato de progresividad con todos los instrumentos internacionales mencionados, la problemática es evidente y resalta un poco más a la vista, debido a que los beneficiarios del régimen de transición del referido artículo 36 han alcanzado unos niveles de protección demasiado altos; además, la Corte Constitucional ha dicho y sostiene que ellos tienen un **derecho adquirido al régimen de transición**, y si se le suma a ello que la seguridad social es un derecho irrenunciable y un servicio público de carácter obligatorio, que ha de ser prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, se encuentra que las medidas adoptadas por el acto legislativo 01 de 2005 -referente al tema de esta investigación- es un tanto desproporcionado con el derecho al régimen de transición de estas personas.

⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Op. Cit. Sentencia T 221 del 2006.

Para concluir, cabe destacar que la misma Corte Constitucional⁵⁹ ha señalado que existen poderosas razones de equidad que llevan, en materia social, a proteger a los que tienen el derecho adquirido a una prestación económica, cuando quiera que se presenten desbalances en las cuentas de la seguridad social, es por ello que ha manifestado que la pensión constituye un salario diferido del trabajador, fruto del ahorro forzoso que realizó durante toda una vida de trabajo, que le debe ser devuelto cuando ya ha perdido o ve disminuida su capacidad laboral como efecto del envejecimiento natural. En otras palabras, el pago de la pensión no es una dádiva de la nación ni del empleador; sino el simple reintegro que es debido al trabajador.

⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencia C 247 del 2001. M. P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

3. INAPLICABILIDAD DEL PARÁGRAFO TRANSITORIO N° 4 DEL ACTO LEGISLATIVO 01 DEL 2005

Respecto a este último capítulo, es necesario reconocer lo siguiente: es cierto que esta investigación es demasiado ambiciosa al tratar de entregar una serie de elementos que permitan el desconocimiento de un párrafo transitorio de un acto legislativo, que a final de cuentas hace parte de la Constitución Política colombiana, para continuar empleando disposiciones consagradas en una ley, y sobre todo, sustentadas en el Principio Constitucional de Progresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual a su vez está desarrollado también en Tratados Internacionales como lo es la Convención Americana de Derechos Humanos; El Protocolo de San Salvador; El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, etc., todos pertenecientes al bloque de constitucionalidad; sentencias de la Corte Constitucional y demás principios de raigambre legal y constitucional, que puedan ser aplicados al Sistema de Seguridad Social Integral de la ley 100 de 1993, como lo son entre otros, el de Eficiencia⁶⁰, Universalidad⁶¹, Solidaridad⁶², Integralidad⁶³, Irrenunciabilidad⁶⁴, Favorabilidad⁶⁵, etc.

⁶⁰ Ley 100 de 1993. Art. 2 Literal a) Implica la mejor utilización de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente.

⁶¹ Ley 100 de 1993. Art. 2 Literal b) Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida.

⁶² Ley 100 de 1993. Art. 2 Literal c) Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil. Es

El planteamiento previo resultó luego de haberse estudiado a fondo lo concerniente al régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, como lo son todas las normas legales y constitucionales que lo trataron de modificar y eliminar, infructuosa y exitosamente en ese orden; las sentencias de la Corte Constitucional que lo abordaron amplia y suficientemente; y también sobre algunos cuestionamientos, los cuales son: ¿Una norma que está en la Constitución no puede ser inconstitucional? y ¿Si una reforma constitucional que adiciona un artículo de la Carta Política y por ende es parte de la misma, la cual es revisada solo por vicios de forma, puede ser inaplicada, debido a que ésta presuntamente va en contra de algunos postulados de un Estado Social de Derecho?

deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección del mismo. Los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad Social se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerable.

⁶³ Ley 100 de 1993. Art. 2 Literal d) Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por el sistema.

⁶⁴ Si bien es cierto que este principio aplica para situaciones jurídicas consolidadas o derechos adquiridos, según la Corte Constitucional los beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993 tienen un derecho al régimen de transición, el cual no puede ser menoscabado.

⁶⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 596 de 1997. (Noviembre 20). M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se haya regulada en distintas fuentes formales del derecho, o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar la (s) norma (s) escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.

A simple vista y con un poco de lógica, la respuesta al anterior cuestionamiento es que no se debe inaplicar, máxime que la norma en discusión se encuentra en la Carta Magna, la cual como ya se sabe, es norma de normas y todas las demás están supeditadas a ella.

Sin embargo, en aras de que las personas favorecidas inicialmente con el régimen de transición no pierdan definitivamente sus beneficios, se plantea la inaplicabilidad del párrafo transitorio n° 4 del acto legislativo 01 del 2005 por parte de los Jueces laborales en los procesos ordinarios que promuevan los beneficiarios perjudicados con tal medida,⁶⁶ toda vez que, tal como se vio en el primer capítulo, esta aniquilación al susodicho régimen se realizó mediante un acto legislativo, precisamente porque a éste la Corte Constitucional sólo lo revisa por vicios de forma.⁶⁷ Es decir, que el procedimiento legislativo haya sido acorde a lo estipulado en el trámite para ese tipo de norma.⁶⁸

⁶⁶ Recordando que todos los jueces de la República de Colombia son jueces constitucionales, cuando por ejemplo resuelven sobre una tutela ó en su defecto, cuando inaplican una norma, utilizando para ello la excepción de inconstitucionalidad, aclarando además, que ésta no declara inexequible la norma, la nulifica en el caso sub lite, a sabiendas, que ya la Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad de la misma y ya prescribió la oportunidad de demandarla nuevamente.

⁶⁷ El artículo 241-1 de la Constitución Política de Colombia manifiesta que el examen de constitucionalidad a los actos legislativos solamente se realiza por vicios de procedimiento en su formación.

⁶⁸ El procedimiento para expedir un Acto Legislativo, así como cualquier tipo de norma que expida el Congreso de la República está determinado en la ley -orgánica- 5ª de 1992.

De manera que los beneficiarios del régimen de transición perjudicados con el referido acto legislativo, se van a ver imposibilitados a adquirir una pensión de vejez digna y conforme a disposiciones más favorables, puesto que se permitió la extinción de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 36 de la ley 100 de 1993 en dos momentos: 1. Hasta el 31 de Julio de 2010 para aquellas personas que no tenían 750 semanas cotizadas o más a la entrada en vigencia del mencionado acto, el cual entró a operar el 22 de Julio de 2005 y 2. Para las personas que sí cumplían con el requisito de las 750 semanas o más, hasta el 31 de Diciembre de 2014.

En todo caso, y sin temor a equívoco alguno, de haberse expedido otra norma de igual jerarquía que la ley 100 y expresara lo mismo que contiene el párrafo transitorio n° 4 del acto legislativo 01 del 2005,⁶⁹ ésta se hubiese declarado inconstitucional, recordando y aplicando lo que dijo la Corte Constitucional en la sentencia C 754 del 2004⁷⁰ sobre la ley 860 del 2003, en la cual manifestó:

“(…)Ahora bien, cabe precisar que si bien la Corte en la Sentencia C 789 de 2002 señaló que no existe propiamente un derecho adquirido a *ingresar* al régimen de transición, -pues si el legislador cambia las condiciones en que se puede *ingresar* al régimen de transición, únicamente modifica meras expectativas-, esto no significa que las

⁶⁹ Se recuerda que las leyes 797 y 860 del 2003 fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional, siendo la primera de ellas por vicios de forma y la segunda, tanto por vicios en el procedimiento y por su contenido material.

⁷⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Op. Cit. Sentencia C 754 del 2004.

condiciones para continuar en él si puedan ser cambiadas una vez cumplidos los supuestos normativos en él señalados, -que es lo que se discute en relación con el artículo 4º de la Ley 860-, **pues las personas cobijadas por dicho régimen tienen derecho a que se les respeten las condiciones en él establecidas.** (...) (Negrillas por fuera del texto original)

(...) De todo lo anterior se desprende que el legislador al expedir la norma acusada no tuvo en cuenta que, como se explicó en la sentencia C 789 de 2002, si bien frente a un tránsito legislativo y al régimen de transición respectivo el derecho a la pensión no es un derecho constitucional adquirido, sino una expectativa legítima, **sí existe un derecho al régimen de transición de las personas cobijadas por el mismo.** (...) (Negrillas por fuera del texto original)

(...) Además, adquiere la calidad de un derecho subjetivo que no puede ser desconocido por ningún motivo, pues le da a su titular el reconocimiento de la prestación en las condiciones prescritas en la normatividad anterior y la de acudir al estado a través de la jurisdicción para que le sea protegida en caso de desconocimiento de la misma. (...)

(...) Así las cosas ha de concluirse que la norma acusada, no solo resulta inexecutable por los vicios de procedimiento estudiados en esta sentencia, sino que su contenido material tampoco se aviene a la Constitución". (...)

Lo anterior explica y deja muy claro porqué el Gobierno solicitó al Congreso de la República que diera trámite a una reforma constitucional mediante un acto legislativo, el cual lastimosamente hizo las veces de norma reglamentaria, pues no se concibe que una fórmula de tanta repercusión, sea “mal” utilizada y denigrada para restringir derechos. En vez de otorgarlos, los elimina.

Dentro de este contexto, y para darle mayor peso argumentativo a la teoría para inaplicar el párrafo transitorio n° 4 del acto legislativo 01 del 2005, el autor trae a colación lo planteado por el Dr. Manuel Gaona Cruz⁷¹, aunque advirtiendo que no para aplicarse íntegramente a la Constitución Política colombiana de 1991 y sí al párrafo referido del acto legislativo 01 del 2005. Al respecto se informa también que el mencionado jurista se realizó una pregunta muy interesante y con mucha pertinencia para este trabajo, la cual fue “¿Quién garantiza que la Constitución está acorde con la axiología social o que corresponde al querer colectivo predominante sobre el deber ser político y jurídico de la organización?” La anterior pregunta la respondió de la siguiente manera:

“(…) Cuando la Constitución ya no corresponda a los principios doctrinarios y sobrepositivos del Estado de Derecho o del Constitucionalismo, es porque ella ha dejado de existir como tal. El examen fenomenológico consecuencial de su inexistencia no es elusivo, sino que atañe a la esfera de la Ciencia Política o de la Sociología, y no a la jurídica ni a la ideológica, que son las que explican la razón de ser del control constitucional.

⁷¹ GAONA CRUZ, Manuel. Control y Reforma Constitucional. Tomo II. Primera Edición. Editorial: Santiago Mutis D. Bogotá. 1988. p. 19 y 20.

Es decir, lo que en sentido doctrinario consolida la legitimidad de la Constitución y la necesidad institucional de controlar e invalidar los actos que atenten contra ella, se apoya en que las normas de creación y revisión de la Constitución misma, han de corresponder a su razón y no podrán válidamente ir en su contra.

El hecho se reduce entonces a una respuesta autárquica de valor ideológico. **Cuando la Constitución no garantice los derechos y libertades que justifican y explican su existencia, o la vigencia y autonomía de las instituciones encargadas de hacerla respetar, ya no hay supremacía constitucional**, ni Constitución Ideológica, ni por lo tanto Constitución en el sentido estricto, sino acaso Constitución Política y Jurídico-Semántica, más no Real ni Legítima. (...)” (Negrillas por fuera del texto original)

Ello lo afirmó el referido jurista, con base en el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el cual reza: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene Constitución”.⁷²

En este orden de ideas, al imperar el concepto de Estado Social de Derecho en el Estado colombiano, y si bien debe haber un respeto por la aplicación no solo de las normas jurídicas, sino también de los principios y valores que

⁷² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. 1948.

irradian el ordenamiento jurídico, en algunos momentos determinados estos se pueden desconocer con relación al principio de igualdad, siempre y cuando se justifique suficientemente esa decisión.

A lo anterior se le conoce como la Excepción de Inconstitucionalidad⁷³, donde mediante una ponderación de principios contenidos en diferentes o en una misma norma, se debe determinar a cuál darle mayor prevalencia y así uno de ellos se termine superponiendo, no para determinar que uno niegue la existencia del otro, sino que relevando a uno de ellos, se haga con el menor sacrificio posible.

Entonces, lograr lo planteado inicialmente no resulta ser tan fácil como parece, habida cuenta que se debe realizar un análisis mucho más complejo al pretenderse inaplicar una norma constitucional y no resolver una simple pugna

⁷³ Corte Constitucional. Op. Cit. Sentencia T 221 del 2006: "*Dentro de la supremacía que tiene y debe tener la Constitución, ésta se impone como el grado más alto dentro de la jerarquía de las normas, de manera que el contenido de las Leyes y de las normas jurídicas generales está limitado por el de la Constitución. Así pues, debe existir siempre armonía entre los preceptos constitucionales y las normas jurídicas de inferior rango, y si no la hay, la Constitución Política de 1991 ordena de manera categórica que se apliquen las disposiciones constitucionales en aquellos casos en que sea manifiesta y no caprichosa la incompatibilidad entre las mismas, por parte de las autoridades con plena competencia para ello.*

Desde luego que la norma inaplicable por ser contraria a la Constitución en forma manifiesta, no queda anulada o declarada inexecutable, pues esta función corresponde a los organismos judiciales competentes, en virtud del control constitucional asignado por la Carta Fundamental en defensa de la guarda de la integridad y supremacía de la norma de normas (artículos 237 y 241 C.P.)."

entre normas de diferentes ó de la misma categoría que no sea la Constitución, porque para esta última la solución está dada sin mayores complejos, debido a que según la misma Carta Política, en su artículo 4° dice que la Constitución es norma de normas y en todo caso de incompatibilidad entre ella y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. A esto es lo que se llama control constitucional por vía de acción, en donde el juez constitucional actúa como legislador negativo en un verdadero juicio de constitucionalidad, donde la norma jurídica examinada es expulsada del ordenamiento jurídico -efecto erga-omnes-. A diferencia de la vía de excepción, que al tratarse, en este caso de plantear el desconocer un apartado de la Constitución Política, es la jurisdicción ordinaria y dentro de ella, el juez laboral, a quien le compete decidir qué principios confrontar, ponderándolos con todo el ordenamiento jurídico adaptable a la misma materia, teniendo como posible resultado la inaplicabilidad y no la inexecutable de la norma constitucional comentada, por resultar -paradójicamente- antinómica con la Constitución en el caso en concreto, siendo sus efectos inter-partes, debido a que su contenido continúa incólume.⁷⁴

Aquí conviene detenerse un momento a fin de manifestar que la idea de inaplicar una norma Constitucional no tiene un procedimiento jurídico preestablecido. Pero, con motivo de proteger los derechos de los beneficiarios del régimen de transición, es necesario intentar agotar cualquier tipo de

⁷⁴ BLANCO ZÚÑIGA, Gilberto Augusto. Comentarios a la excepción de inconstitucionalidad y la excepción de ilegalidad en Colombia. En: Revista de derecho. Universidad del Norte. N° 16. Vol. 1. Barranquilla. 2001. p. 269-270.

recurso y trámite, puesto que está en juego el desconocimiento del derecho a un régimen por parte de un acto legislativo, que paradójicamente adiciona también el artículo 48 Superior, al incluir dentro de su texto el respeto por los derechos adquiridos, el cual termina violentando posteriormente con las limitaciones que trajo consigo.

Se destaca también que el acudir a la jurisdicción para que le respeten sus derechos a los beneficiarios del régimen transitorio no se lo inventó el autor, sino que al contrario, lo autorizó el máximo organismo intérprete de la Constitución: la Corte Constitucional. Cuando manifestó que “Una vez que haya entrado en vigencia la disposición que consagra el régimen de transición, los trabajadores que cumplan con los requisitos exigidos para el mismo, consolidan una situación jurídica concreta que no se les puede menoscabar. Además adquiere la calidad de derecho subjetivo que no puede ser desconocido por ningún motivo, pues le da a su titular el reconocimiento de la prestación en las condiciones prescritas en la normatividad anterior y la de acudir al estado a través de la jurisdicción para que le sea protegida en caso de desconocimiento de la misma”. (Resalto por fuera del texto original)

Ahora, resumiendo todo lo dicho hasta aquí, y recopilando los elementos para que el Juez laboral mediante un proceso ordinario se permita si quiera pensar en la inaplicabilidad de una norma constitucional a cada caso en concreto que se le presente, es necesario recordarle por una parte, que si el órgano Legislativo y Ejecutivo otorgaron un derecho al régimen de transición, es

porque debieron haber previsto y asegurado el presupuesto necesario para financiar las prestaciones económicas en él establecidas, no siendo culpa de sus beneficiarios la incompetencia, falta de previsión y preparación en la implementación de un tema tan complejo como lo es el de las pensiones; lo cual se constituiría a su vez en una especie de sanción al Estado, por no aplicar los requisitos de certeza, claridad y técnica legislativa en la definición de los derechos.⁷⁵

Igualmente, se tiene en cuenta que el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional respalda las modificaciones que realizó el párrafo transitorio n° 04 del acto legislativo 01 del 2005, y sin dejar de reconocer la magnitud del déficit presupuestario en pensiones para sostener el régimen de transición, los beneficiarios de dicho régimen a la luz del Estado Social de Derecho son vistos como fines y no como medios, y los derechos consagrados en la Carta deben cumplirse independientemente de las condiciones económicas que aduzca el gobierno de turno para sustraerse de su obligación de garantizarlos, esto último conforme a lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C 1165 del 2000.⁷⁶

Respecto al principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, vale la pena mencionar que por supuesto ellos dependen del presupuesto y que el legislador los otorgue -cosa que ocurrió-, y además de

⁷⁵ CASTILLO CADENA. Op. Cit. p. 142.

⁷⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Op. Cit. Sentencia C 1165 del 2000.

ello, que la pensión de vejez no es una dádiva del Estado o del empleador, sino todo lo contrario, es la compensación por tantos años de servicios o un número de semanas cotizadas, y tener una edad determinada. Así que cambiando las reglas para adquirir el derecho a una pensión, porque en un momento determinado el papel de legislar le quedó grande a los Congresistas y el de Administrar al Gobierno, ello no es motivo para que una de las poblaciones más vulnerables como lo son los adultos mayores, tengan que soportar estos nuevos gravámenes que cada vez son más altos⁷⁷, sustentado esto último en la revisión de la normatividad referente al sistema pensional, la cual ha ido aumentando cada vez más los requisitos para adquirir una pensión de vejez.

En este orden de ideas, el juez laboral a quien por competencia le corresponde conocer sobre las acciones que interpongan los beneficiarios del régimen de transición, debe cumplir con un papel más que pro-activo, porque debe reivindicarse en él al verdadero creador de derechos, tal como consta en la sentencia T 406 de 1992; debiendo valorar como mínimo todos los puntos que han sido tocados en este trabajo investigativo, y permitiendo al final, una vez se ponderen los principios de sostenibilidad financiera del sistema pensional, el cual soporta lo manifestado en el párrafo transitorio n° 4 del acto legislativo 01 del 2005 y el principio de progresividad de los derechos de segunda generación, que impere este último, permitiendo desconocer la norma

⁷⁷ Hay que tener en cuenta que la ley 100 establecía un mínimo de 1000 semanas cotizadas para pensionarse y la ley 797 del 2003 las aumentó; tanto así que para esta año las semanas mínimas requeridas para adquirir el derecho a una pensión de vejez es de 1200 semanas.

en comento y con ello reivindicar al Estado Social de Derecho, porque de no ser así, esta práctica rebuscada y amañada de parte de los gobernantes de reglamentar normas legales mediante reformas constitucionales, se puede volver habitual, y con ello desconocer el verdadero espíritu de la Constitución Política de 1991.

Para sustentar la posición presentada en el presente trabajo investigativo, se va a utilizar el test de razonabilidad en igualdad según los criterios establecidos por la Corte Constitucional, en la medida que ésta es la fórmula para realizar la excepción de inconstitucionalidad a normas de inferior jerarquía a la Constitución Política; y si bien es cierto que no existe un trámite prescrito para desconocer una norma constitucional debido a la rigidez formal que presenta la Constitución Política de 1991, esta figura **podría** utilizarse análogamente para lograr tal propósito, si se le llega a presentar a un juez laboral un proceso ordinario en el cual un beneficiario perjudicado con las medidas adoptadas por el párrafo transitorio n° 4 del acto legislativo 01 del 2005, solicite que se le aplique lo dispuesto inicialmente por el régimen de transición, sustentado en el principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales y los tratados internacionales ratificados que lo respaldan, los cuales en virtud del artículo 93 de la Carta Política, sirven también para interpretar los derechos y deberes consagrados en la misma Constitución.

3.1 TEST DE RAZONABILIDAD

Corresponde entonces realizar un test de razonabilidad en materia de igualdad siguiendo los criterios establecidos por la Corte Constitucional, para determinar si la medida en cuestión, es decir, si el parágrafo transitorio n° 4 del acto legislativo 01 del 2005, a pesar de hacer parte de la Constitución Política, puede ser inaplicable en beneficio de las personas que tenían derecho al régimen de transición.

Conforme a la sentencia T 150 del 2002,⁷⁸ el test se realiza a partir de los siguientes pasos: 1. El análisis del fin buscado con la medida. 2. El análisis del medio empleado y 3. El análisis de la relación entre el medio y el fin. Cada uno de estos pasos busca absolver diversas preguntas, según se trate de un test leve,⁷⁹ intermedio⁸⁰ y estricto,⁸¹ todos explicados detalladamente en la sentencia C 673 del 2001⁸².

⁷⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 150 del 2002. (Marzo 1). M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 673 del 2001. (Junio 28). M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Se limita a establecer la *legitimidad* del fin y de la medida, debiendo ésta última ser, además, adecuada para alcanzar el fin buscado. Se debe determinar si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, por otra, a establecer si el medio escogido es adecuado, esto es, es idóneo para alcanzar el fin propuesto. Este es, por así decirlo, el punto de partida o de arranque en el análisis de la razonabilidad.

⁸⁰ *Ibíd.* Se utiliza para analizar la razonabilidad de una medida legislativa, en especial 1) cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o 2) cuando existe un indicio de

Dentro de este marco, se le dará aplicación al test estricto, toda vez que corresponde aplicarlo según la misma Corte Constitucional, entre otros casos, cuando la medida recaerá principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, como es el caso del adulto mayor, que ve como su derecho a la pensión de vejez se reduce simplemente a poder recibir una indemnización sustitutiva, puesto que los requisitos para acceder a una pensión de vejez, cada año siguen aumentando exponencialmente 25 semanas hasta establecerse en las 1300 en el año 2015.

Se procede entonces a realizar el test de razonabilidad estricto:

arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia. Involucra además, elementos más exigentes de análisis que el test leve. Primero, se requiere que el fin no sólo sea legítimo sino también constitucionalmente *importante*, en razón a que promueve intereses públicos valorados por la Carta o en razón a la magnitud del problema que el legislador busca resolver. Segundo, se exige que el medio, no solo sea adecuado, sino *efectivamente conducente* a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial.

⁸¹ *Ibíd.* Los elementos de análisis de la constitucionalidad son los más exigentes. El fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además *imperioso*. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además *necesario*, o sea, que no pueda ser reemplazado por un *medio alternativo menos lesivo*. Adicionalmente, el test estricto es el único que incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. El juicio de *proporcionalidad en sentido estricto* es el cuarto paso del test estricto de razonabilidad. Este exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales por la medida.

⁸² CORTE CONSTITUCIONAL. Op. Cit. Sentencia C 673 del 2001.

3.1.1 Análisis del fin buscado con la medida. Es evidente que el fin buscado con la implementación del párrafo transitorio n° 4 del acto legislativo 01 del 2005, tal como consta en el proyecto de acto legislativo 01 del 2005 y lo enseñado anteriormente, es limitar las repercusiones económicas en las arcas del Estado que trajo consigo el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, aplicando con ello el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, el cual está contenido en la adición que hizo el referido acto legislativo al artículo 48 Superior. Es por ello que se limitó en dos tiempos los alcances del régimen transitorio aludido, siendo el primero hasta el 31 de julio de 2010 para aquellas personas que no tenían 750 semanas a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 del 2005 (22 de Julio), y hasta el 31 de Diciembre del 2014 para aquellas personas que si cumplían con las 750 semanas cotizadas.

Al respecto se trae a colación lo mencionado en el proyecto de acto legislativo 01 del 2005, presentado por el órgano Ejecutivo al Congreso de la República, respecto a la reglamentación al régimen de transición mediante una reforma constitucional, la cual da cuenta de la relación intrínseca, manifestada anteriormente con el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, advirtiendo además, que las decisiones judiciales deben ser respetadas y acatadas, no burladas. El sustento para la eliminación del régimen de transición es el siguiente:

“Teniendo en cuenta el reciente Fallo C-754-04 de la Corte Constitucional, el proyecto de acto legislativo precisa en primer lugar que el régimen de

transición, incluyendo el de la ley 100, así como los regímenes especiales o exceptuados y cualquier otro que no sea el general y permanente de la ley 100 de 1993 desaparece a partir del 31 de diciembre de 1997. De esta manera se adoptan medidas para preservar la sostenibilidad financiera del sistema y se asegura la igualdad entre todos los colombianos en esta materia.

De otra parte, el proyecto precisa la competencia del Congreso de la República para modificar el régimen pensional sin que se le puedan oponer expectativas o derechos adquiridos a un régimen legal. El Congreso sólo está obligado a respetar derechos adquiridos en su noción ortodoxa que fue la tradicional de nuestras Cortes, esto es aquél que se produce cuando se han cumplido los supuestos de hechos previstos en la ley, lo cual ocurre en materia pensional cuando se cumple la edad y el tiempo de cotización requerido y los demás requisitos previstos en la ley.

En el caso del Presidente, el Gobierno considera conveniente eliminar de manera inmediata su régimen especial con el fin de que el mismo quede sujeto a la suerte de todos los colombianos”.⁸³

Lo anterior demuestra que el gobierno en aras de preservar la sostenibilidad financiera del sistema pensional limitó derechos reconocidos previamente, lo cual es viable en algunos momentos, debido a que le compete administrar, pero, también es cierto que no se puede igualar -como se menciona en la sustentación- a personas que en un momento determinado fueron beneficiadas por cumplir unos requisitos, junto a otras que por ejemplo apenas están

⁸³ CARRILLO GUARÍN. Op. Cit. p. 126 – 127.

comenzando una vida laboral, pues los primeros están en clara desventajas frente a estos últimos. Aquí se podría aplicar lo dicho por la Corte Constitucional de “hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”⁸⁴, debido a que los beneficiarios iniciales del régimen de transición esperaban adquirir una pensión conforme a disposiciones anteriores más favorables, y cambiarles las reglas de juego de buenas a primeras adentrados en las edades que tienen, los terminan perjudicando peligrosamente y existencialmente, porque puede ser demasiado tarde para adquirir una pensión de vejez y al final, se tendrían que conformar con una indemnización sustitutiva, la cual nunca es equiparable a los beneficios que otorga la primera por obvias razones; en cambio, las personas que recién inician a cotizar al sistema de pensiones, ya saben lo que les espera y tienen el tiempo y energía suficiente para cumplir si quiera con los requisitos mínimos para poder adquirir una pensión de vejez.

3.1.2 Análisis del medio empleado. Una vez evidenciada toda la problemática en torno al régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y todas las reformas que tuvo en su momento por leyes de similar jerarquía, como el artículo 18 de la ley 797 del 2003, el cual fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional por vicios en el procedimiento legislativo en la sentencia C 1056 del 2003, y el artículo 4° de la ley 860 del 2003, declarado también inexecutable por la misma Corporación en la sentencia C 754 del 2004, tanto por vicios de forma con referencia al trámite legislativo y por vicios de fondo respecto al contenido material. Es claro que

⁸⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 022 de 1996. (Enero 23). M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

limitar los alcances de una norma legal por una constitucional es desproporcionado, toda vez que para este caso, si el artículo en comento hubiese sido modificado por una norma del mismo rango, lo más probable y lógico es que se hubiese declarado inexecutable, dado que la Corte Constitucional en la sentencia C 754 del 2004 y algunas posteriores manifestó que los beneficiarios del régimen de transición tenían un derecho adquirido respecto a éste, el cual debía ser respetado y autorizó para su protección, el acudir a la justicia. De esta manera, el Congreso al realizar dicha reforma de manera “audaz” mediante un acto legislativo a petición del Ejecutivo⁸⁵, se evitó que la Corte Constitucional como garante de la Constitución Política, hiciera el análisis de constitucionalidad de fondo, que ha de hacer a todas las normas que ingresan al ordenamiento jurídico, pero por tratarse de una reforma a la misma Constitución, ésta no se puede hacer sino solamente por vicios de forma, puesto que el artículo 241-1 de la Constitución Política manifiesta que el examen de constitucionalidad a los actos legislativos solamente se realiza por vicios de procedimiento en su formación, en comparación con el análisis que de fondo realiza la Corte Constitucional a las leyes, según el numeral 4 del referido artículo.

⁸⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA de 1991. Op. Cit. Art. 374: “La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo” y artículo 375: “Podrán presentar proyectos de acto legislativo el Gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral.”(...)

Dentro de este contexto, se vislumbran rezagos en materia de constitucionalidad, porque eventualmente se puede presentar un constitucionalismo severo e irracional al no haber un verdadero control a los actos legislativos, conllevando ello a situaciones como la que se presentó con el régimen de transición de la ley 100 de 1993.

Por otra parte, la separación de poderes que existe entre las tres ramas del poder público, sobre todo la del órgano ejecutivo y legislativo no es la ideal hoy día, puesto que el primero ha mantenido un control sobre el segundo en los últimos años, permitiendo con ello que se expidan normas sin un verdadero control político y en menor medida jurídico, a las decisiones tomadas por el ejecutivo, consiguiendo con ello no el reconocimiento de derechos, sino afianzando un presidencialismo absurdo que no va acorde al estado social de derecho imperante para ésta época.

3.1.3 Análisis de la relación entre el medio y el fin. Si bien es cierto que el medio y el fin en este caso -obviamente- van de la mano, porque uno y otro lo que pretenden es reducir los gastos del Estado en materia pensional, así como también garantizar que las normas que expida el Legislador deben ser “auto-sostenibles,” lo cual implica una eficiencia en la gerencia del gasto por parte del Estado; ello no satisface del todo los requerimientos del concepto de proporcionalidad, toda vez que el medio y fin dados previamente, aunque supongan una reducción del gasto fiscal, no

resultan necesarios⁸⁶ para el logro de ese fin y tampoco el fin es proporcionado, porque con la consecución de dichos objetivos se están sacrificando Principios Constitucionales, como por ejemplo, el de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, el cual si bien es cierto que no es absoluto por lo que se mencionó en su momento, en este caso resulta fundamental ser aplicado debido a que ya no se habla de meras expectativas, ni de expectativas legítimas, sino de derechos adquiridos sobre un régimen. Además, hay que tener en cuenta que por la consecución de los objetivos planteados por parte del ejecutivo y legislativo en la implementación del acto legislativo 01 del 2005 en lo concerniente a lo planteado en este trabajo de grado, se están desconociendo también tratados internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Principios constitucionales y legales como lo son el de Eficiencia, Universalidad, Solidaridad, Favorabilidad e Irrenunciabilidad, etc., así como también el Preámbulo de la Constitución Política y el artículo segundo de la misma, los cuales promueven la efectividad de los principios y derechos consagrados en ella misma.

De estas circunstancias nace el hecho de que el contenido de la ley 100 de 1993, si bien su contenido material en un principio hace parte de los mal

⁸⁶ Hace referencia a que se limitó el alcance de una norma legal por una Constitucional, la cual no se debería modificar de esa manera, puesto que una Constitución debe ser para dar lineamientos generales sobre la idea del Estado que se tiene o se quiere implementar, y no para restringir alcances de una norma de menor jerarquía.

denominados derechos de segunda generación⁸⁷, se puede pensar, que debido a los alcances que le ha dado la Corte Constitucional y los Tratados Internacionales, su contenido traspase la barrera de los derechos económicos, sociales y culturales, y sea considerada materialmente como una ley estatutaria⁸⁸, toda vez que el derecho a la pensión puede ser ejercitado mediante una acción de tutela y reconocido como fundamental, por conexidad con otros derechos fundamentales como lo son el de una vida digna, mínimo vital y móvil, etc. y recordando también, que por ejemplo el derecho a la salud que en principio no procedía la acción de tutela para su reconocimiento directo, hoy día si procede sin necesidad de “conectarlo” con otro derecho de los establecidos en el Título II Capítulo 1 de la Constitución Política de 1991.

Por último y como reflexión, se trae a colación, que los cambios que se han presentado luego de ideas revolucionarias, las cuales más que negar la existencia del Estado ó de la Constitución, confirman que la disciplina del derecho al no ser una ciencia exacta, es dinámico y no hermético, permitiendo con eso acomodarse a las nuevas teorías que van surgiendo y reafirmando el concepto Social en la Constitución Política ó como lo dice Ana Lucía Herrera Gómez y otros, “se trata de convocar a las nuevas generaciones para que orienten el pensamiento y la instrumentalización de lo jurídico dentro de una

⁸⁷ El autor no está de acuerdo con la clasificación de los derechos, puesto que a final de cuentas todos hacen parte de los derechos humanos, y por ello deben respetarse y garantizarse por igual.

⁸⁸ Mediante este tipo de normas y según el artículo 152 de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA de 1991 se regulan entre otras, materias como: Derechos y deberes fundamentales de las personas y procedimientos y recursos para su protección.

perspectiva teórica, inscrita en una nueva formulación ético-axiológico del deber ser del derecho y a efectuar una lectura menos lejana de la realidad social, comprometida con valores y contenidos materiales, que supere las huecas formas de la legalidad”⁸⁹; donde el juez -en este caso el laboral- tiene un papel extremadamente importante, quien, en palabras de Valencia Restrepo⁹⁰ citando a Carnelutti⁹¹, “es la figura central del derecho, pues es él con el contacto con el hombre vivo y auténtico, con sus fuerzas y debilidades, con sus alegrías y sus sufrimientos, con su bien y su mal, puede inspirar esa visión suprema que es la **justicia**”. (Resaltado por fuera del texto original)

⁸⁹ HERRERA GÓMEZ, Ana Lucía; MARTÍNEZ MARULANDA, Diego y RESTREPO MORALES, Jorge. La inaplicabilidad y la eficacia constitucional. En: Estudios de derecho. Vol. 61. N° 131 – 132. Diciembre de 1999. p. 68.

⁹⁰ VALENCIA RESTREPO, Hernán. Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho. Tercera edición. Bogotá: Ed. Temis. 2005. p. 496 y 497.

⁹¹ CARNELUTTI, Francesco. Cómo nace el derecho. Bogotá. Ed. Temis. 1989. p. 82.

CONCLUSIONES

Se puede afirmar que el concepto de seguridad social, si bien nace bajo la premisa de hacer parte de los derechos económicos, sociales y culturales, es decir, su contenido es prestacional, bajo las luces de un Estado Social de Derecho como el colombiano este concepto se amplifica y adquiere una connotación mucho más relevante, hasta el punto de convertirse casi que en un derecho de carácter fundamental.

La idea de un sistema de seguridad social integral, es que los planes ofrecidos por ella vayan aumentando progresivamente, especialmente los que menoscaban la salud y la capacidad económica, como por ejemplo la pérdida del derecho al régimen de transición.

En ningún momento estoy de acuerdo con la petrificación del derecho al permitir que se mantenga el régimen de transición por tanto tiempo, al contrario, soy partidario que lo mejor hubiese sido mucho más corto, sin embargo, al no existir el suficiente tecnicismo a la hora de expedir una norma, la consecuencia es lógica e inevitable: no se pueden desconocer derechos subjetivos en un Estado Social de Derecho.

Si bien es cierto que al Gobierno se le asigna entre otras la tarea de dirigir al país de una manera eficiente, ello no es motivo para que por el cumplimiento de dicha función se desconozcan derechos subjetivos y se abuse de las reglas de juego.

En un principio el régimen de transición era simplemente considerado como una mera expectativa para las personas que cumplían con el requisito de edad y una expectativa legítima para las personas que contaban con los 15 años de servicios, cosa que después cambió a raíz de la sentencia C-754 de 2004, la cual consideró el cumplimiento de uno solo de los requisitos como un derecho adquirido.

La reforma a la ley 100 de 1993 mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 fue una solución desproporcionada por parte del Legislador, en la medida que una ley debe ser reformada por otra ley del mismo rango y no se debe abusar de figuras que si bien son permitidas, en concepto del autor rayan con la impunidad.

El régimen de transición es un derecho adquirido en sí mismo, que no puede ni debe ser menoscabado por ley posterior.

Si bien el acto legislativo 01 del 2005 reglamenta cuando se configura el derecho a la pensión, aquella definición no puede aplicarse a los beneficiarios del régimen de transición, toda vez que ellos ya habían adquirido un derecho y sus postulador rigen hacia el futuro.

No solo la Constitución Política ampara la progresividad de los derechos sociales, económicos y culturales, sino también algunos tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano, como La Convención Americana de Derechos Humanos, El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; El Protocolo de San Salvador, etc. los cuales en sus postulados manifiestan que se deben establecer condiciones mínimas que no deben ser desmejoradas, sino que también dichas condiciones deben ampliarse.

Las disposiciones contenidas en el Parágrafo transitorio N° 4 del acto legislativo 01 del 2005 los operadores jurídicos -Jueces ordinarios- no las deben aplicar en detrimento de los beneficiarios del régimen de transición, toda vez que si bien está la prohibición expresa en el artículo 48 de la Constitución Política, dichas disposiciones pueden ser desconocidas luego de realizar un juicioso examen de proporcionalidad ó mediante un test de razonabilidad.

Con las recientes reformas pensionales regresivas de los últimos años, bien sea por vía Legal o Constitucional, lo que se está haciendo es soslayar el Estado Social de Derecho, aprovechándose de mecanismos Constitucionales para realizar modificaciones o derogar aspectos que no son permitidos mediante una ley ordinaria.

De seguirse aceptando lo permitido con el párrafo transitorio n° 4 del acto legislativo, se pueden continuar presentando situaciones similares, las cuales conllevarían al decaimiento de la Constitución Política y a la extinción del Estado Social de Derecho.

Si la idea es que prevalezca la idea sobre la sostenibilidad financiera del sistema pensional, lo más acorde o coherente sería que el régimen de prima media desapareciera.

De aceptarse la tesis planteada por el autor de ésta Monografía, las disposiciones contenidas en el Parágrafo transitorio N° 4 no se deben aplicar, toda vez que su aplicación del principio de sostenibilidad financiera del sistema genera el desconocimiento por completo de otros principios también constitucionales como el de progresividad y el de la protección de los derechos adquiridos, todos incluidos en el artículo 48 de la C.P.

BIBLIOGRAFÍA

Acto legislativo 01 del 2005.

BLANCO ZÚÑIGA, Gilberto Augusto. Comentarios a la excepción de inconstitucionalidad y la excepción de ilegalidad en Colombia. En: Revista de derecho. Universidad del Norte. N° 16. Vol. 1. Barranquilla. 2001.

CARRILLO GUARÍN, Julio César. Reforma constitucional al sistema pensional: Evaluación y análisis. Bogotá. Ed. Legis. 2005. 132 h.

CASTILLO CADENA, Fernando. Los principios de progresividad en la cobertura y de sostenibilidad financiera de la seguridad social en el derecho constitucional: una perspectiva desde el análisis económico. En: Universitas. N° 112, Julio a Diciembre de 2006. Pontificia Universidad Javeriana.

Código Civil Colombiano. Legis Editores S.A. 2008.

Código Sustantivo del Trabajo Colombiano y Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Legis Editores S.A. 2009.

Consejo de Estado. Sentencia del 10 de Abril de 1997. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda. Expediente N° 12.031. Consejera ponente. Dra. María Eugenia Samper Rodríguez.

Constitución Política de Colombia de 1991. Legis Editores S.A. 2009.

Corte Constitucional. Sentencia C 022 de 1996. M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C 147 de 1997. M.P.: Dr. Antonio Barrera Carbonel.

Corte Constitucional. Sentencia C 251 de 1997. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C 596 de 1997. M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. Sentencia C 1165 del 2000. M.P.: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. Sentencia C 247 del 2001. M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C 673 del 2001. M.P.: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia C 671 del 2002. M.P.: Dr. Eduardo Montealegre Lynnett.

Corte Constitucional. Sentencia C 789 del 2002. M.P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia C 038 del 2004. M.P.: Dr. Eduardo Montealegre Lynnett.

Corte Constitucional. Sentencia C 754 del 2004. M.P.: Dr. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia T 406 de 1992. M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional. Sentencia T 534 del 2001. M.P.: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. Sentencia T 1319 del 2001. M.P.: Dr. Rodrigo Uprimmy Yepes.

Corte Constitucional. Sentencia T 150 del 2002. M.P.: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia T 221 del 2006. M.P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia T 818 del 2007. M.P.: Dr. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional. Sentencia T 398 del 2009. M.P.: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. Sentencia SU 225 de 1998. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Convención americana sobre derechos humanos. En: Revista de derecho n° 3. Lima: Perú. 1993.

Decreto 758 de 1990.

Decreto legislativo 3135 de 1968.

Defensoría del Pueblo. Derechos económicos, sociales y culturales. Derecho a la seguridad social en pensiones. Bogotá D.C. 2004.

Diario El Tiempo. Gastos del gobierno para pagar mesadas pensionales aumentará 13.5% el próximo año. Sección de economía. Bogotá. Domingo 15 de Noviembre de 2009.

Diario Portafolio. Tres billones de pesos aumentaron los gastos del Gobierno en el primer semestre. Bogotá. 25 de Agosto de 2005.

GAONA CRUZ, Manuel. Control y Reforma Constitucional. Tomo II. Primera edición. Editorial: Santiago Mutis D. Bogotá. 1988. 622 p.

HENAO, Luís Fernando. La Corte Constitucional con los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En: Trabajo y Cultura. N° 53. Diciembre de 2003.

HERRERA GÓMEZ, Ana Lucía; MARTÍNEZ MARULANDA, Diego y RESTREPO MORALES, Jorge. La inaplicabilidad y la eficacia constitucional. En: Estudios de derecho. Vol. 61. N° 131 – 132. Diciembre de 1999.

Ley 6ª de 1945.

Ley 33 de 1985.

Ley 71 de 1988.

Ley 100 de 1993.

Ley 797 del 2003.

Ley 812 del 2003.

Ley 860 del 2003.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. 1948.

PÉREZ VILLA, Jorge. Compendio de Derecho Constitucional. Tomo II Derecho constitucional colombiano. Bogotá. Ed. Leyer. 2001. 591 p.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Protocolo de San Salvador. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Revista Semana. Vaya lío fiscal. Sábado 28 de Noviembre de 2009.

VALENCIA RESTREPO. Hernán. Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho. Tercera edición. Ed. Temis. Bogotá. 2005. 584 p.