

“¿EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL EN COLOMBIA COMPORTA
UN DERECHO ADQUIRIDO?”

MARIA ISABEL LOPERA VÉLEZ

Trabajo de grado presentado para optar a título de Magíster en Derecho Privado

Asesora: CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA
Magíster en Derecho Privado

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
MAESTRIA EN DERECHO
MEDELLÍN
2012

Nota de aceptación

Jurado

Jurado

MEDELLÍN, ABRIL 23 DE 2012

AGRADECIMIENTO

Especial a cada una y cada uno de mis estudiantes tanto de pregrado como de las especializaciones por imponerme cada vez en sus sesiones de clases, el reto de facilitar el entendimiento de un tema tan complejo como el del régimen de transición pensional en Colombia. A las universidades por facilitar el espacio para abrir los debates en el marco de la libertad de cátedra.

A mis hijos Felipe y Mateo, a mi madre Amparo y a mi padre John por acompañarme siempre con paciencia, comprensión, complicidad e infinito amor.

RESUMEN

El régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 que regula el Sistema General de Seguridad Social Integral en Colombia, es un atributo de orden legal que protege a las mujeres y hombres que a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones contaran con 35 y 40 años o más de edad respectivamente, o con 15 o más años de servicios o de cotización para que accedan al reconocimiento de una pensión de vejez de conformidad con las normas que regían con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo régimen pensional contenido en la norma referenciada, cuando se consoliden los requisitos establecidos en ellas.

De acuerdo con los postulados contenidos en la teoría de los derechos adquiridos aceptados por la doctrina contemporánea, las personas enunciadas en el párrafo anterior tienen un derecho adquirido que siguiendo los lineamientos de la doctrina universal deberá ser respetado por la rama legislativa, por el ejecutivo y por la rama judicial. Así mismo resultará obligatorio identificar y respetar este derecho adquirido por los precedentes constitucionales y jurisprudenciales de las altas cortes, en razón a la aplicación y el respeto del derecho a la igualdad, la seguridad jurídica y la buena fe, así como el de confianza legítima de ciudadanas y ciudadanos de un país en sus Instituciones.

Palabras claves: Sistema General de Seguridad Social Integral, Sistema General de Pensiones, Régimen de transición pensional, Meras expectativas, Expectativas legítimas, Derechos adquiridos, Estado social de derecho, Jurisprudencia, Precedente constitucional y Precedente jurisprudencial.

Abstract:

The declaration on the process of the retired people in Colombia, are established in article 36 of the law 100 of 1993 that regulates the general system of comprehensive Social Security, it is an attribute of legal order that protects women and men that are into a general force of a pension system and which will between 35 or 40 years of age, or more of age respectively, or with 15 or more years of service and/or quotation to their access to the recognition of an old-age pension in accordance with the rules governing prior to the entry into of the new pension system contained in the referenced standard, when it consolidate the requirements set for them in the new law system.

According to the values that are in the theory of rights which are accepted by the contemporary doctrine, the persons listed in the previous paragraph have an acquired right, following the guidelines of the universal doctrine which must be respected by the legislative branch, the executive branch and the judicial branch. Likewise, it will be more than necessary to identify and to respect this right which was already accepted by the constitution, and the legal potential of the judicial decisions. The implantation to the respect of the right to equality, the legal certainty, and the good

faith, it is part of the confidence that legitimate each citizens of a country and its institutions.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	9
I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	15
II. OBJETIVOS	27
2.1. Objetivo General:	27
2.2. Objetivos Específicos:	27
III. MARCO TEÓRICO	29
CAPÍTULO 1	29
CONCEPTOS DE SEGURIDAD SOCIAL	29
1. La seguridad social en el estado social de derecho colombiano:	29
2. Constitucionalización de la seguridad social	38
3. Los derechos económicos, sociales y culturales:	44
4. Del concepto de la seguridad social al concepto de protección social	54
5. El derecho a la seguridad social, un derecho humano fundamental.	59
CAPITULO 2	75
APROXIMACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES EN COLOMBIA.75	
1. El sistema general de pensiones de vejez vigente en Colombia en el marco del sistema general de seguridad social integral.	75
1.1. Principios rectores:	75
1.2. Objeto del sistema:	78
2. Del régimen de prima media con prestación definida:	79
CAPITULO 3	85
DEL REGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL, EN EL CONTEXTO DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS:	85
1. Referente conceptual:	85
2. Definición Normativa:	99
2.1. Fuentes de origen consensual:	103
2.2. Fuentes de origen legal:	110
3. Evolución Jurisprudencial:	128
3.1. La Corte Constitucional	129
3.2. Por su parte el Concejo de Estado:	147
3.3. La Corte Suprema de Justicia:	157
3.4. Definición Doctrinal:	163
4. Análisis sobre el régimen de transición pensional como derecho adquirido, en la Ley 100 de 1993 y en el acto legislativo 01 de 2005:	169
IV. METODOLOGÍA	186
1. Tipo de Investigación	186
2. Referentes metodológicos	186
3. Estrategia metodológica	188
3.1. Enfoque	188

3.2. Método hermenéutico	189
4. Diseño de la investigación	191
5. Fuentes y técnicas de recolección de información:.....	192
CONCLUSIONES	193
BIBLIOGRAFÍA	198

INTRODUCCIÓN

Durante la última década del siglo XX y lo que va corrido de esta primera década del siglo XXI, los fallos de la Corte Constitucional y su incidencia dentro de todos los aspectos de la vida jurídica, económica, social, política y cultural de Colombia, han tomado un papel preponderante, no sólo por el contenido de dichas decisiones sino también por los alcances y efectos jurídicos de las mismas. Tal es el caso presentado en las sentencias sobre dosis personal, aborto, eutanasia, reelección presidencial, derechos de las parejas de mismo sexo, entre otros.

La amplia jurisprudencia, en especial la emitida por la Corte Constitucional, ha reconocido que los beneficios estipulados en el régimen de transición, una vez se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no se pueden modificar; la falta de una posición coherente y unificada sobre la naturaleza de éste, ha ocasionado que leyes posteriores y regresivas, traten de modificarlo; las múltiples interpretaciones en la jurisdicción ordinaria, e incluso constitucional, expiden fallos que protegen de manera diferente a afiliadas y afiliados que se encuentran en igualdad de condiciones, produciendo en ellos desconfianza frente a la administración de justicia y de las entidades del sistema de seguridad social. Situación de desigualdad material que produce la falta de unificación conceptual sobre el régimen de transición en el marco de la teoría sobre los derechos adquiridos.

Con esta indagación se tendrá que analizar además el papel de la Doctrina Constitucional dentro del sistema de fuentes del derecho colombiano, a través de la disertación y verificación del acatamiento de la misma sobre un punto específico del derecho, permitiendo de esta manera establecer una comparación entre las sentencias de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia con el fin de determinar el acatamiento de la Doctrina Constitucional; abriéndose la posibilidad de profundizar no sólo acerca de las consecuencias jurídicas del desacato sino también de las posibles razones que lo producen.

Por otra parte, el trabajo que se adelantará es de carácter cualitativo con un enfoque interpretativo y jurídico a través de un método hermenéutico de interpretación, sobre aspectos empíricos, analíticos y jurídicos, partiendo no sólo de lo investigado y analizado durante la vigencia del Sistema General de Pensiones- régimen de transición- sino también de lo abordado además en las aulas de clases en varias universidades del país; contribuirá a impulsar una lectura estructurada, sistemática y concienzuda de la Doctrina Constitucional donde se rescate el valor de la Constitución Política como fuente del ordenamiento jurídico, con el fin de promover no sólo la seguridad jurídica sino la igualdad formal y material ante la Ley, como obligatorio presupuesto para la construcción de un precedente jurisprudencial.

De otro lado, este proyecto tiene un mérito importante en cuanto a la labor en la docencia universitaria, pues servirá como justificación para desarrollar un trabajo de investigación grupal donde se cree una línea jurisprudencial especializada en el sistema pensional colombiano, con el fin de ir rescatando la importancia radical que

tienen este tipo de estudios en la disciplina del derecho, para fortalecer desde la academia la “veeduría” de los procesos de creación del derecho a través de los jueces e identificar la existencia o no, de un precedente judicial en materia de seguridad social, a partir de la conceptualización en el mismo sistema de una teoría sólida sobre los derechos adquiridos, que resulte siendo de obligatoria aplicación para todos los operadores jurídicos. Hoy, como una exigencia de la normatividad vigente en Colombia.

El resultado de este trabajo será beneficioso, para los estudiantes de derecho, docentes, doctrinantes y los operadores jurídicos en general , en la medida que les permite replantearse el aprendizaje, la práctica e interpretación sistemática del derecho, del derecho legislado, del derecho jurisprudencial, y en especial de la Doctrina Constitucional, permitiendo la transformación de las estructuras jurídicas del derecho que exigen los estados sociales y constitucionales de derecho contemporáneos; en criterio de quien escribe, primordial papel de las unidades académicas, tanto del sector público como del privado; instituciones educativas que en la ciudad de Medellín, hasta el momento han respetado la construcción de estos conceptos libremente con los discentes, a partir de la implementación en los cursos tanto de pregrado como de posgrado de la pedagogía crítica, enfoque educativo que tiene como finalidad acompañar o posibilitar a las personas a analizar sus orígenes, sus potencialidades y los contextos personales y sociales en donde acaece la vida, a fin de construir herramientas, que hagan posible, de manera eficiente y eficaz los derechos sociales, evitando así que el derecho se convierta en una mera proclamación

de propósitos que nadie asume como propios, reto por demás fundamental del constitucionalismo contemporáneo.¹

Y es que la expedición de la carta política de 1991, genera una relación diferente entre el juez, el derecho, el Estado y la sociedad. Repensar estas relaciones a partir de la expedición de algunos fallos de la rama judicial, seguir reconociendo que las decisiones de los jueces toman un papel preponderante al interior de una sociedad concebida bajo el paradigma de Estado social y democrático de derecho, es la simple pretensión de este escrito en el contexto no sólo de la legalidad, sino de motivaciones trascendentales que contienen la garantía efectiva de los derechos sociales y la credibilidad en la institucionalidad, por parte de ciudadanas y ciudadanos que confían, tiene fe en sus operadores jurídicos. Al respecto (Uprimny Yepes, 1996) afirma:

Para que las decisiones de los jueces no sean arbitrarias y no vulneren los derechos y las libertades de los ciudadanos, deben respetar tres de los principios constitutivos de este estado social de derecho: la seguridad jurídica, las decisiones tomadas mayoritariamente por los órganos políticos (debido a que el juez no tiene una fuente de poder autónomo y carece de legitimación democrática) y la justicia material. Sin embargo, en muchas oportunidades estos tres principios no son compatibles, pues se debe

¹. Bower, D. w. (1993). *Aprendiendo a promover la salud*. Recuperado el 5 de 1 de 2012, de <http://es.scribd.com/doc/50625915/Aprendiendo-Inicio-Libro>

dar prioridad a uno de ellos, desconociendo los otros. Y es justamente en la forma de interpretar y aplicar el derecho y en la respuesta a estas controversias, que está la importancia del juez. (...) una hermenéutica argumentativa, que muestra la trascendencia que tiene una fundamentación adecuada de las decisiones judiciales, como legitimación democrática de la actividad del juez y del derecho. (p.23).

Y concluye:

En síntesis, el juez no es un simple deductor, es un órgano de creación jurídica y no simplemente una instancia de aplicación y por ende, es política y socialmente responsable de sus decisiones. El juez no simplemente aplica la ley, tiene en cuenta su finalidad y los valores que subyacen en ella, por lo cual la motivación de sus sentencias adquieren una importancia trascendental, pues con ello, no está simplemente señalando su criterio personal sobre lo justo, o mostrando que se atuvo a la ley, sino que está suministrando las razones de su decisión y refutando las objeciones que le hayan sido opuestas. (Uprimny, 1996, p.27)

Esta citación textual del doctrinante permite ubicarse en la importancia sacra, máxima de la interpretación judicial, que para ciudadanas y ciudadanos de un país determina o no la eficacia de sus derechos fundamentales, como lo es el que no sean

modificadas abruptamente las condiciones para el reconocimiento y pago de su pensión de vejez.

Iniciada la implementación del acto legislativo 01 de 2005, que determina el límite de los derechos adquiridos en materia pensional en Colombia a partir del 1 de agosto del 2010 éste escrito pretende, adicionalmente, dilucidar una cuestión meramente académica contribuyendo de alguna forma a solucionar los debates que se han suscitado frente a la naturaleza del régimen de transición en materia pensional en nuestro país en dieciocho (18) años de vigencia del artículo 36 de la ley 100 de 1993, y también convertirse eventualmente, en una herramienta que contribuya con la protección efectiva de los derechos de ciudadanas y ciudadanos que como destinatarias y destinatarios de las normas e interpretaciones judiciales, finalmente resultan siendo vulnerados con el desconocimiento de sus derechos fundamentales, contenidos en la reformas pensionales.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Con la entrada en vigencia la Constitución Política de 1991, se creó en Colombia un Tribunal Constitucional con características únicas: la Corte Constitucional, a la que además de conferírsele la protección de los derechos fundamentales, a través de los mecanismos de revisión de los fallos de tutela, se le encomendó la guarda de la constitución mediante el control de constitucionalidad de las normas; consolidándose como una de las instituciones más importantes dentro del poder judicial.

La aparición de este órgano supremo de control constitucional implicó en el ámbito del derecho colombiano, un cambio radical en la estructura de las fuentes del derecho y en el pensamiento y concepción tradicional de los juristas, frente a la aplicación de las mismas.

Es así como la década de los noventa, trajo grandes cambios jurídicos, sociales, económicos y hasta culturales, no sólo por lo anteriormente esbozado, sino también por la creación, a través de la Ley 100 de 1993, de un Sistema General de Seguridad Social Integral, que protege las contingencias de la enfermedad general, la maternidad y la paternidad, los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales y las contingencias de la vejez, la invalidez, y la muerte. De ahí que la Corte Constitucional en cumplimiento de una de sus principales funciones, el control de constitucionalidad, ha examinado en reiteradas ocasiones y por diferentes cargos está ley, incluyendo análisis puntuales sobre el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la norma en mención, así ha estudiado entre otros asuntos, la

constitucionalidad del régimen de transición si este comporta o no, una mera expectativa, una expectativa legítima, o un derecho adquirido si se tenía o no que cumplir con el requisito de la afiliación al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones para ser beneficiario del régimen de transición, cuáles son los factores que integran el ingreso base de cotización y que conforma el ingreso base de liquidación de estos beneficiarios, a qué entidad, tratándose del sector público corresponde el reconocimiento de la pensión de vejez, y aún hoy se discute ampliamente las condiciones para recuperar el régimen de transición cuando el beneficiario de éste se ha trasladado del régimen de prima media al ahorro individual.

Asuntos que como se verá a lo largo de este análisis, tendrían que haberse resuelto bajo los parámetros de una teoría sólida sobre los derechos adquiridos, como la base de construcción de un precedente constitucional y legal.

A más de la profusión de normatividad reglamentaria, el Sistema General Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, ha sido modificado por las leyes 797 y 860 de 2003, y por el acto legislativo 01 de 2005. Expidiéndose además en década y media, fallos contradictorios entre las distintas Cortes, que han ocasionado un trato desigual para los iguales, pues al tener las sentencias de constitucionalidad el valor de la Cosa Juzgada Constitucional (artículo 230 de la C.P.), implicaría que las mismas fueran precedente (de interpretación) de obligatorio cumplimiento para todos los operadores jurídicos, especialmente para los jueces y demás tribunales supremos del país. En casi diez y ocho años de vigencia del sistema ha sido evidente que ni la Corte

Suprema de Justicia ni el Consejo de Estado han tenido como referente los fallos de la Corte Constitucional.(C-596 de 1995 vsr CSJ 13410 de 2000).

Hoy, es tan sentida esta necesidad, que la ley 1395 de 2010 en sus artículos 114 y 115 y la ley 1437 de 2011 en su artículo 102, esta última contentiva del Código Contencioso Administrativo que entrará en vigencia el 2 de julio del 2012, establecen lo siguiente:

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

Artículo 115. Facúltese a los jueces, tribunales, altas cortes del Estado, Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura **para que cuando existan precedentes jurisprudenciales**, conforme al artículo 230 de la Constitución Política, el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 4o de la Ley 169 de 1896, puedan fallar o decidir casos

similares que estén al Despacho para fallo sin tener que respetar el turno de entrada o de ingreso de los citados procesos, conforme a lo señalado en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998. (negrillas fuera del texto original).

Articulado que fue sometido a examen de la Corte Constitucional que estableció mediante la sentencia C -539 de 2011, lo siguiente:

- Respeto del debido proceso y legalidad.
- Contenido y alcance de la constitución es fijado válida y legítimamente por las Cortes cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante.
- Las decisiones administrativas no pueden ser arbitrarias e irracionales.
- El desconocimiento del precedente implica la responsabilidad del los servidores públicos.
- El principio de igualdad es obligatorio para las autoridades administrativas.
- El desconocimiento de la jurisprudencia constitucional implica la afectación de derechos fundamentales y por tanto una violación directa de la constitución o la ley, que pueda dar lugar a responsabilidad penal, administrativa o disciplinaria.

Por ello también la Procuraduría General de la Nación ha insistido mediante la Circular 054 del 3 de noviembre de 2010 en la aplicación del artículo 114 de la ley la ley 1395 de 2010.

Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salarios de sus trabajadores para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos o pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos.

Al respecto el Código Contenciosos Administrativo próximo a entrar en vigencia consagra:

Artículo 102. Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la

pretensión judicial no haya caducado. Dicha petición contendrá, además de los requisitos generales, los siguientes:

1. Justificación razonada que evidencie que el peticionario se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada.
2. Las pruebas que tenga en su poder, enunciando las que reposen en los archivos de la entidad, así como las que haría valer si hubiere necesidad de ir a un proceso.
3. Copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor.

Si se hubiere formulado una petición anterior con el mismo propósito sin haber solicitado la extensión de la jurisprudencia, el interesado deberá indicarlo así, caso en el cual, al resolverse la solicitud de extensión, se entenderá resuelta la primera solicitud.

La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, así como los demás elementos jurídicos que

regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente.

Esta decisión se adoptará dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción, y las autoridades podrán negar la petición con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio en el cual tenga la oportunidad de solicitar las pruebas para demostrar que el demandante carece del derecho invocado. En tal caso estará obligada a enunciar cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan los medios probatorios ya mencionados.

2. Exponiendo las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos.

3. Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. En este evento, el Consejo de Estado se pronunciará expresamente sobre dichos argumentos y podrá mantener o modificar su posición, en el caso de que el peticionario acuda a él,

en los términos del artículo 269. Contra el acto que reconoce el derecho no proceden los recursos administrativos correspondientes, sin perjuicio del control jurisdiccional a que hubiere lugar. Si se niega total o parcialmente la petición de extensión de la jurisprudencia o la autoridad guarda silencio sobre ella, no habrá tampoco lugar a recursos administrativos ni a control jurisdiccional respecto de lo negado. En estos casos, el solicitante podrá acudir dentro de los treinta (30) días siguientes ante el Consejo de Estado en los términos del artículo 269 de este Código.

La solicitud de extensión de la jurisprudencia suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Los términos para la presentación de la demanda en los casos anteriormente señalados se reanudarán al vencimiento del plazo de treinta (30) días establecidos para acudir ante el Consejo de Estado cuando el interesado decidiere no hacerlo o, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 de este Código. (Negrillas fuera del texto original).

Podría afirmarse que de esta manera la obligatoriedad del precedente es Ley. Larga discusión desde la expedición de nuestra carta política de 1991 que viene hoy a plasmarse en las normas descritas anteriormente, pues se ha de entender que el

artículo 230 se mantiene incólume: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. Texto claro al que la Corte Constitucional dio el entendido que por imperio de la ley se entendería, no sólo, la aplicación de la ley en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales, legales, a los valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de la Altas Cortes. (T- 406 de 1992, C-836 de 2001.).

Ha dado también la Corte fuerza vinculante a la jurisprudencia propia a la de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura ya que brinda mayor seguridad jurídica además de coherencia al sistema jurídico y garantiza el derecho a la igualdad.

Para el tema pensional, en tratándose del régimen de transición, es pertinente plantearse las siguientes inquietudes: ambas leyes legalizan la obligatoriedad del precedente jurisprudencial? A dieciocho (18) años de vigencia del sistema general de pensiones en Colombia, existe un precedente? Existen precedentes jurisprudenciales en cada Corte? Cada una ha seguido su propio precedente? Ha indicado en todos los casos las razones por las cuales se aparta de su propio precedente? El precedente en todos los casos está indicado en las sentencias de unificación de la Corte constitucional? Lo ha indicado claramente el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia? Esta dos últimas han seguido el precedente constitucional?.

Aunque este escrito no dará cuenta de estos planteamientos, quizá arroje una respuesta negativa a algunas de las anteriores inquietudes en el desarrollo del tema propuesto.

Lo cierto es que surge con mayor fuerza en este momento, la necesidad que mujeres y hombres, abogadas (os), Entidades Administradoras de Pensiones (como se afirma en este escrito, tanto las que hacen parte del régimen de prima media como las del régimen de ahorro individual), jueces, magistrados de tribunales y de las altas cortes se pregunten por cuál es el precedente jurisprudencial y constitucional, e intenten identificarlo, para garantizar a las y los afiliados y beneficiarios del sistema general de seguridad social pensional en Colombia, los derechos adquiridos. Un ejercicio que aún no se inicia y que en concepto de quien escribe, debe ser liderado de manera especial por la academia.

Ello sin ahondar además en las razones que han tenido las Altas Cortes para hacer una interpretación sistemática de distinta manera del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Aunque la lectura de algunos fallos provoca ahondar en el análisis problemático si el desencuentro conceptual entre nuestras altas Cortes, va más allá de simples desacuerdos políticos y concepciones ideológicas, o si por el contrario se ha vertido de manera significativa en los fallos de estas corporaciones, es decir, si el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia han pasado por alto los pronunciamientos de la Corte Constitucional en esta materia, no será objeto de este trabajo. Se centrará en

identificar si el régimen de transición pensional en Colombia ha comportado o no un derecho adquirido y éste debe constituirse de manera obligatoria en un precedente jurisprudencial.

En Colombia, los tránsitos legislativos antes de la ley 100 de 1993, se habían producido cada década o década y media, (ley 6 de 1945, decreto 3135 de 1968, Ley 33 de 1985, decreto 758 de 1990); en vigencia de ésta llevamos tres reformas pensionales, (Leyes 797, 860 de 2003 y el acto legislativo 01 de 2005) Sistemas pensionales que observados desde la principalística constitucional y legal, sugieren las preguntas sobre la aplicación o no de dichos cambios para quienes al momento de la entrada en vigencia de un nuevo sistema pensional, se encontraban cobijados por un régimen de transición que permite la aplicación de leyes anteriores más favorables; la discusión acerca de la posibilidad de establecer modificaciones o derogatorias a un régimen de transición de aquellas personas que en eventos o circunstancias determinadas se encuentran en situaciones de cercanía o ad-*portas* del reconocimiento de un derecho, o la interpretación sobre los conceptos que integran la base para liquidar las pensiones, entre otros temas, permiten abrir la discusión sobre la adopción del principio de los derechos adquiridos como la posible solución a la problemática que se suscita frente a la aplicabilidad *erga omnes* de las nuevas regulaciones sobre el tema pensional; Al introducir dicho presupuesto a las discusiones sobre la validez y vigencia de las reformas pensionales, surge el siguiente interrogante: ¿Constituye el régimen de transición en materia pensional en Colombia consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y sus respectivas modificaciones, un derecho adquirido?.

Las respuestas a este interrogante por las altas Cortes colombianas no han sido claras, han sido tímidas, pues aunque lo definen como una garantía que habrá de respetar todo tránsito legislativo, a la vez, niegan su naturaleza como derecho adquirido. Posición que ha permitido que la jurisdicción ordinaria y algunos operadores jurídicos, desconozcan abiertamente los postulados de dichos regímenes, en detrimento de la seguridad jurídica que debe impregnar todo el sistema normativo, y del principio de igualdad material que busca tratar de manera igual a los iguales.

De conformidad con la anterior descripción, se tratará de dar respuesta al interrogante planteado, analizando la figura del régimen de transición en materia pensional consagrado en la Ley 100 de 1993 en Colombia: sus antecedentes, significado y aplicación en el marco de la teoría de los derechos adquiridos; las diversas concepciones que doctrinaria y jurisprudencialmente se han sostenido sobre las meras expectativas de derecho y las expectativas legítimas y su incidencia en el régimen de transición; se analizarán además algunas situaciones problemáticas que estas definiciones han acarreado durante la vigencia del artículo 36 de la ley 100 de 1993, contenido del régimen de transición pensional en Colombia, con sus respectivas modificaciones. Diagnóstico y análisis que permitirá finalizar con una posición personal al respecto.

II. OBJETIVOS

2.1. Objetivo General:

Determinar si el régimen de transición en materia pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en Colombia, constituye un derecho adquirido.

2.2. Objetivos Específicos:

-Determinar el contenido y alcance del Régimen de transición consagrado en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993 con sus respectivas modificaciones contenidas en el artículo 18 de la ley 797 de 2003 , el artículo 4 de la ley 860 de 2003 y el párrafo transitorio del acto legislativo 01 de 2005.

-Analizar las concepciones sobre mera expectativa, expectativas legítimas y derecho adquirido desde su configuración normativa, jurisprudencial y doctrinal.

-Establecer si el régimen de transición consagrado en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993 reúne las condiciones para ser considerado como un derecho adquirido.

-Examinar la posición jurisprudencial de las altas cortes en Colombia frente al régimen de transición y la teoría de los derechos adquiridos.

-Examinar el impacto de algunos fallos de las altas cortes frente a los beneficiarios del régimen de transición en Colombia en cumplimiento del acto legislativo 01 de 2005.

III. MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO 1

CONCEPTOS DE SEGURIDAD SOCIAL

1. La seguridad social en el estado social de derecho colombiano:

La Carta Política de un país es la que determina o caracteriza un Estado, la Carta Política de Colombia definió en los artículos 1 y 2 que éste es un Estado Social de Derecho, es decir, un Estado que incorpora en su configuración la política social, que tiene como objetivo primordial brindar cobertura a las contingencias que afectan la vida digna de sus ciudadanas y ciudadanos y que exige al Estado y a la Sociedad su protección efectiva, mediante una serie de medidas e instrumentos jurídicos y económicos que se desarrollan en la respectiva normatividad interna.

La socialización en Colombia, no es sólo a nivel de reconocimiento de derechos sociales y de intervención de la economía, incluso antes de la constitución de 1991, se trataba de una socialización relativa y gradual, donde el Estado podía acercarse políticamente a sus ciudadanas y ciudadanos con su participación activa en la elección popular de alcaldes. En Colombia se habla de un Estado Social de Derecho con la Constitución de 1991, atribuyéndole como una obligación al Estado no sólo la consagración de derechos sociales, y la intervención en la economía, estableciendo un modelo de constitución económica, sino además el fomentar, facilitar y promover la

participación activa de la ciudadanía, especialmente en los procesos de toma de decisiones que conciernan al destino colectivo.

La participación activa de la ciudadanía, estructura la base sólida de la democracia participativa, así lo afirma (Bobbio, 1986) Las sociedades modernas buscan actualmente los mejores medios para transitar hacia un modelo de organización política, en que la democracia formal se vuelva más real, la democracia política se extienda a la sociedad y la democracia representativa se complemente con mecanismos de democracia directa.

Un Estado Social de Derecho requiere para su legitimación de un respeto certero y real de los derechos fundamentales, así como es necesario contar con el respectivo presupuesto fiscal que garantice el gasto social y su efectiva protección. La idea de Estado Social de Derecho, se le debe a Herman Heller, quien se enfrenta con problemas concretos como la crisis de la democracia y del Estado de Derecho y afirma que:

La solución no está en renunciar a éste modelo estatal, sino en darle un contenido económico y social, realizar dentro de su marco un nuevo orden laboral y de distribución de bienes: sólo el Estado social de Derecho puede ser una alternativa válida frente a la anarquía

económica y frente a la dictadura fascista y, por tanto, sólo él puede ser la vía política para salvar los valores de la civilización.²

Para que éste se lleve a cabo como tal y superar el concepto liberal de los derechos fundamentales, donde sólo se trataban las libertades individuales y los derechos políticos, se torna indispensable, consagrar los llamados derechos prestacionales que implican la satisfacción de las necesidades básicas de la población y que hacen parte de los denominados en la Carta Política Colombiana de 1991, Derechos Sociales, Económicos y Culturales, a la vez que representan derechos fundamentales. Mediante la sentencia C-587 de 1992, la Corte Constitucional configura la definición de nuestro país, como un Estado Social de Derecho que reconoce el rompimiento de las categorías clásicas del estado y que le implica al Estado Colombiano el reconocimiento de los derechos fundamentales, como lo son los derechos prestacionales:

En el Estado social de derecho -que reconoce el rompimiento de las categorías clásicas del Estado liberal y se centra en la protección de la persona humana atendiendo a sus condiciones reales al interior de la sociedad y no del individuo abstracto, los derechos fundamentales adquieren una dimensión objetiva, mas allá del derecho subjetivo que reconocen a los ciudadanos. Conforman lo que se puede denominar el orden público constitucional, cuya fuerza vinculante no se limita a la

² Gamboa Ladino, J. C. (s.f.). *Regimen constitucional colombiano del sector público*. Recuperado el 5 de enero de 2012, de www.bibliojuridica.org/libros/6/2544/12.pdf

conducta entre el Estado y los particulares, sino que se extiende a la órbita de acción de estos últimos entre sí. En consecuencia, el Estado está obligado a hacer extensiva la fuerza vinculante de los derechos fundamentales a las relaciones privadas: el Estado legislador debe dar eficacia a los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado; El Estado juez debe interpretar el derecho siempre a través de la óptica de los derechos fundamentales.

La Carta de Derechos de la Constitución de 1991 y los derechos constitucionales fundamentales en ella contenidos vinculan tanto al Estado como a los particulares. Ello se deriva inevitablemente del hecho de ser Colombia un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana, la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. La misma Constitución establece que uno de los fines del Estado es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y que las autoridades de la república están instituidas, entre otras, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. El carácter prevalente de los derechos inalienables de la persona, junto con el hecho de que los particulares deban responder ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes permite afirmar, que los derechos consagrados en la Constitución condicionan también la conducta de los particulares”.(C-587 de 1992)

La idea de que los derechos fundamentales de mujeres y hombres operan exclusivamente frente al Estado se deduce de la concepción liberal clásica, que establece una estricta y reconocible separación entre lo público y lo privado, entre la sociedad y el Estado, siendo la sociedad, el ámbito de libertad por excelencia, en el cual las y los ciudadanos libres, iguales y autónomos, definen sus intereses y El Estado, entendido como un poder establecido para vigilar el normal desarrollo de la sociedad, para administrar la justicia y la fuerza pública. De esta manera los derechos fundamentales nacen como límites al poder del Estado que es el único poder que la dogmática clásica reconoce. Los derechos fundamentales son entonces barreras al poder público frente a la órbita de inmunidad -libertad- del individuo.

Es en la segunda mitad del siglo XIX donde se empieza a replantear ésta concepción clásica liberal, cuando el Estado, ante agudos conflictos sociales reconoce a nivel constitucional, que la sociedad no es un ámbito natural de libertad que debe permanecer inmune a la acción pública. Las relaciones de subordinación social que parten de las organizaciones como los partidos políticos o los sindicatos de las grandes empresas, presionan la ruptura de la idea de la igualdad social, pues se descubren poderes privados o corporativos que han de ser reconocidos jurídicamente y regulados, con el fin de proteger a las y los ciudadanos. Con la fractura de la convicción igualitaria sobre la definición de la igualdad formal: los hombres y las mujeres son iguales en la medida en que lo son ante la ley, se quiebra una de las categorías que soportan todo el orden constitucional clásico, y con ello, entra en crisis la idea del Estado gendarme y aparece el Estado interventor, que se desarrolló a nivel constitucional durante el siglo XX.

Desde la Constitución de Weimar, el nuevo Estado constitucional adquiere el nombre del Estado Social de Derecho, y funda principalmente su legitimidad, en la protección eficiente y eficaz de los derechos fundamentales de mujeres y hombres, reconociendo una necesaria intervención en la sociedad para procurar la igualdad, la libertad y la autonomía real de estos.

Tránsito bellamente definido por (Pérez Luño, 1995) lo que para la ideología del Estado liberal de Derecho aparecían como derechos públicos subjetivos, como esferas de actividad privada contrapuestas a la actividad pública, o como libertades limitadoras del poder, pasa a ser considerado, bajo el prisma del Estado social y democrático de Derecho, como momentos del ejercicio del poder, que no se contraponen a él, sino que le son coexistentes.

La Constitución de México de 1917 puede considerarse el primer intento de conciliar los derechos de libertad con la nueva concepción de los derechos sociales. Pero, sin duda, la constitución más importante y la que mejor refleja el nuevo estatuto jurídico de los derechos fundamentales es la alemana de Weimar de agosto de 1919. (Pérez Luño, 1995)

El fin de la segunda guerra mundial “reprodujo la necesidad de una renovación constitucional en correspondencia con las nuevas exigencias políticas y sociales.” cincuenta Estados elaboran nuevas constituciones, con principios de democracia, “y una afirmación de los derechos fundamentales, entre los que los derechos sociales ocupan un lugar preferente”. (Pérez Luño, 1995)

La seguridad social entonces en Colombia, se torna consustancial a un Estado Social de Derecho que debe buscar no sólo la protección del ser humano, sin distinciones respecto al sexo, la etnia, la edad, el género, la condición social, económica, cultural o política, sino contribuir en los términos del artículo 366 de la Carta Política de 1991, a su desarrollo y bienestar especialmente, aunque no exclusivamente de quienes se encuentran en situación vulnerable y marginal, ya que nuestro modelo de seguridad social, regulado en la ley 100 de 1993 en forma restrictiva, ha consagrado un Sistema de Seguridad Social Integral que comprende tanto un sistema contributivo, para quienes tienen capacidad de pago y sostienen con sus aportes dicho sistema, como para quienes no cuentan con recursos suficientes para llevar a cabo dichos aportes y hacen parte del régimen subsidiado, en salud y en pensiones.

Pese a lo anterior, esta situación al parecer no ha resultado tan clara para nuestro legislador, pues se privatizaron tales derechos en los artículos 48 y 49 de la misma Constitución Política, además en el contexto que viene desarrollándose el Sistema denota fuertemente que se obedecen políticas de un modelo económico neoliberal, en cumplimiento de las políticas diseñadas por el Fondo Monetario Internacional, que ha tornado en labor titánica de nuestros jueces en sus providencias, preservar el derecho de los afiliados a la protección efectiva del Sistema General de Seguridad Social Integral.

En innumerables sentencias de constitucionalidad y de tutela, entre ellas la C-754 de 2004 como en la T- 147 de 2006 la Corte Constitucional ha determinado que

Un Estado Social de Derecho debe proteger la seguridad jurídica de los trabajadores y de los futuros pensionados, quienes en función de los principios de confianza legítima y de intervención de la arbitrariedad, tienen derecho a que las reglas para acceder a la pensión no sean variadas abruptamente, en forma desfavorable.

Principios de confianza legítima y de buena fe que en atención a la intervención a la arbitrariedad la Corte ha entendido en los siguientes términos:

El principio de la confianza legítima en la Administración encuentra sustento constitucional en la buena fe. El principio de buena fe está consagrado, en los siguientes términos, en el artículo 83 de la Carta Política: Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las actuaciones que aquellos adelanten ante éstas y se aplica como mecanismo de solución de controversias entre el interés general que aquélla representa y el interés particular del administrado, en eventos en que la Administración le crea expectativas favorables pero luego, de manera súbita, lo sorprende con la eliminación de dichas condiciones.

El principio de confianza legítima tiene tres presupuestos: *i)* la necesidad de preservar de manera perentoria el interés público; *ii)* una desestabilización cierta, razonable y evidente en la relación entre la administración y los administrados; y *iii)* la necesidad de adoptar

medidas por un período transitorio que adecuen la actual situación a la nueva realidad. (T-961 de 2001 y T-660 de 2002)

Con estos tres presupuestos intenta la Corte establecer los parámetros mínimos que apareja cualquier tránsito normativo a partir del derecho que tiene la ciudadanía a que se mantengan las condiciones mínimas que apareja el reconocimiento de unos derechos en el contexto de los cambios normativos; que han de mantenerse por un tiempo razonable, sin que ello implique la inamovilidad de las normas pensionales, considerando que es fundamental conservar la confianza que las mujeres y los hombres depositan en la seriedad y estabilidad de la actuación administrativa, que es digna de protección y respeto, ya que "la confianza legítima en la administración no sólo es éticamente deseable sino jurídicamente exigible". (T-660-2002)

Así entonces, en consideración a los principios de confianza legítima y buena fe las autoridades y los particulares deben ser coherentes en sus actuaciones y respetar los compromisos adquiridos en sus acuerdos y convenios; deben garantizar estabilidad y durabilidad de las situaciones generadas, de tal suerte que "así como la administración pública no puede ejercer sus potestades defraudando la confianza debida a quienes con ella se relacionan, tampoco el administrado puede actuar en contra de aquellas exigencias ética". (T-295 de 1999)

Pese a este desarrollo conceptual sobre la principalística que subyace a la conservación de derechos adquiridos en materia pensional, se han expedido dos reformas regresivas contenidas en el artículo 18 de la Ley 797 de 2003 y en el acto

legislativo 01 de 2005 que modifica el artículo 48 de la Constitución Política, norma constitucional que modifica abruptamente las condiciones de quienes a la fecha, en materia pensional son beneficiarios del régimen de transición, pues sólo lo respetara hasta el 31 de julio de 2010.

2. Constitucionalización de la seguridad social

Bajo la constitución de 1886 no se consagró el derecho a la igualdad, ni los derechos sociales, económicos y culturales, tampoco los jueces los promulgaron y en gran parte de su vigencia, los derechos de libertad y movilización estuvieron restringidos bajo la figura del estado de sitio, decretados por los gobiernos de turno.

Con la Carta Política de 1991 se logró la constitucionalización de la seguridad social como un sistema y como un derecho, cuyo responsable es el Estado en concurrencia con la Sociedad, estableciendo sus propios principios, instituciones y procedimientos, y con una cobertura amplia o universal, no sólo para quienes tuvieran capacidad de pago, superando el modelo colombiano anterior de sistema de seguro social y de asistencia pública, dirigida especialmente a los trabajadores y a las personas en situación de discapacidad para trabajar , que además carecieran de medios de subsistencia.

Como derecho, adquiere un rango constitucional en los artículos 48, modificado por el acto legislativo 01 de 2005, y 49 en armonía con el preámbulo y con los artículos 1, 2, 44, 46, 47, 50, 54 y 366, pretendiendo cubrir un porcentaje mayor de

población colombiana, superando inclusive el ámbito laboral como una condición para la obtención de sus beneficios, y el concepto de caridad, o mejor, el de la asistencia pública consagrado en la constitución anterior.

El artículo 1 de la Constitución Política erige nuestro Estado como Social de Derecho “organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”. De allí que sea este el fundamento del respeto a la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad como fundantes del derecho a la seguridad social, donde además debe prevalecer el interés general sobre el particular.

El artículo 2 del mismo texto constitucional dispone la participación de todos los habitantes del territorio nacional en las decisiones que los afectan, por ello la ley 100 de 1993 dispuso expresamente los espacios en que sus afiliados tienen representación, esto es, en el artículo 98: los afiliados y accionistas de las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones, elegirán al revisor fiscal para el control de la administración del respectivo fondo. Además los afiliados tendrán dos representantes, elegidos por ellos mismos para que asistan a todas las juntas directivas de la Sociedad Administradora, con voz y sin voto, quienes con el revisor fiscal velarán por los intereses de los afiliados de acuerdo con la reglamentación.

El párrafo 3 del artículo 157 de la ley 100 de 1993 establece que: "Podrán establecerse alianzas o asociaciones de usuarios, las cuales serán promovidas y reglamentadas por el Gobierno Nacional con el fin de fortalecer la capacidad negociadora, la protección de los derechos y la participación comunitaria de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud...."

En el artículo 171 *ibídem* numerales 5 y 6 se dispone respectivamente que: "harán parte del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, dos representantes de los empleadores, uno de los cuales representará la pequeña y mediana empresa y otras formas asociativas. Dos representantes por los trabajadores, uno de los cuales representará los pensionados."

El artículo 4 de la Carta, establece que la constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales"; fundamento en el cual administradores, administrados y jueces deben soportan los mandamientos de origen constitucional para que prevalezcan siempre los derechos fundamentales, entre los cuales se consagra la seguridad social.

El artículo 13 establece también la igualdad ante la ley "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica."

La igualdad real y efectiva que consagra este mandato revela un carácter remedial, corrector, compensador, emancipatorio y defensivo de personas o grupos en condiciones de vulnerabilidad, demandando de los poderes públicos acciones positivas en busca de una sociedad menos inequitativa, haciendo necesaria la redistribución de riquezas, el poder y el tiempo, para igualar además la capacidad de acción y del ejercicio pleno de los derechos entre mujeres y hombres, así como de la disminución de las desigualdades que se reproducen al interior de las familias y que se evidencia en lo público.

El artículo 48 originario de la Constitución Política establecía:

La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

El acto legislativo 01 de 2005 que lo adiciona establece que:

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

(...)

En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos.

El artículo 49 hace referencia tanto al derecho a la salud como al saneamiento ambiental como servicios públicos a cargo del Estado.

El artículo 44 en concordancia con el artículo 50 establecen: que la seguridad social es un derecho fundamental de los niños; así como también que todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia. (Leyes 1098 de 2006, 1295 de 2009 y 1438 de 2011)

Pese a la autonomía que tiene la seguridad social frente al derecho laboral, los principios que informan este por expresa remisión del artículo 272 de la ley 100 de 1993 se aplican a aquel:

El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad". (subrayas de quien escribe).

Principios mínimos fundamentales, que aún sin la expedición de dicho estatuto deben aplicarse en forma preferencial.

El artículo 54 de la Constitución que al garantizarle al trabajador en situación de discapacidad su formación laboral, le facilita su acceso al Sistema de Seguridad Social Integral “Es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.”

El artículo 366 establece como una prioridad en el gasto público y como un objetivo fundamental del Estado el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de toda la población colombiana, “El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.”

3. Los derechos económicos, sociales y culturales:

Hay quienes consideran que los derechos prestacionales son un enunciado programático que debe ser desarrollado mediante voluntad política del ejecutivo o del legislativo, concepto que deja de lado el valioso contenido jurídico derivado de la existencia que en el Estado Social de Derecho, tienen los llamados derechos a “algo”

y de la creación jurisprudencial que trata de solucionar gravísimos problemas sociales.

Como se advirtió anteriormente en el Estado Social de Derecho, los derechos prestacionales son finalidades constitucionales que constituyen garantías para los asociados. Dichos derechos se identifican con la educación, el trabajo, la seguridad social y la salud, los servicios de acueducto y alcantarillado, un medio ambiente sano, el derecho al mínimo vital, la protección especial a las personas de la tercera edad, los niños, las niñas y las mujeres, así como las personas en condición de discapacidad.

Los derechos reseñados como “Derechos Sociales, Económicos y Culturales” se encuentran en el articulado correspondiente al capítulo II del título II de la Constitución, son ellos: los derechos y deberes de la familia (42), el derecho a la igualdad y la protección de la mujer (43), la protección de la niñez (44), la protección de los jóvenes (45), los derechos de las personas de la tercera edad (46), la protección a débiles físicos y psíquicos(47), el derecho a la seguridad social (48), el derecho de salud y de saneamiento ambiental (49),derecho a la vivienda digna (51) el derecho a la recreación y el deporte (52), los principios que informarían el estatuto básico del trabajo (53), el derecho al trabajo y a la formación laboral (54), la negociación colectiva y la conciliación de conflictos laborales (55), el derecho de huelga (56), el derecho de propiedad privada (58), la protección a la propiedad intelectual(61), protección a los trabajadores agrarios(64), el derecho al servicio público educativo (67), el derecho a la autonomía de las universidades (69), libertad e independencia de

la actividad periodística (73), espectro electromagnético y pluralismo informativo (75).

Tratándose de derechos sociales como el derecho al trabajo y a la seguridad social, se han de ubicar en la categoría de derechos fundamentales.

En forma reiterada ha dispuesto la Corte Constitucional que la seguridad social al estar conectada con otros derechos que no admiten duda sobre su iusfundamentalidad, se impone el amparo del derecho a la seguridad social en conexión con determinados derechos fundamentales. Ocurre cuando el no reconocimiento del derecho a la seguridad social en pensiones tiene la potencialidad de poner en peligro derechos como la vida, la igualdad, el debido proceso, la dignidad humana, la integridad física o el mínimo vital de las personas de la tercera edad (C.P. art. 46).

Mediante la sentencia T-671 de 2000 se expresó que el derecho a la pensión de vejez en ciertas circunstancias adquiere el carácter de fundamental, es decir, no es una dádiva o privilegio : "El reconocimiento y pago de la pensión de vejez encuentra sustento constitucional en la protección especial que debe brindar el Estado al trabajo humano en todas sus modalidades (art. 25), pues se impone que el fruto del trabajo continuado durante largos años sea la base para disfrutar el descanso, en condiciones dignas, cuando la disminución de la producción laboral es evidente." Además, la sentencia T-06 de 1992 expresó que "existe el derecho fundamental de toda persona a la integridad y primacía de la Constitución " lo cual incluye la cláusula del Estado social de derecho y dentro de ella figura, por supuesto, la seguridad social. Además,

en la T-111 de 1994 se consideró como derecho fundamental el derecho a la seguridad social respecto de los ancianos. Mediante las sentencias SU- 1354 DE 2000 y T-491 de 2001, reiteró que el reconocimiento del derecho a la pensión es un derecho fundamental para las personas de la tercera edad, porque tiene que ver con el derecho a la subsistencia en condiciones dignas.

Con la expedición de la Carta Política en 1991 se pensó que los derechos fundamentales solo serían los contemplados en el capítulo I del Título II de ella, el desarrollo jurisprudencial posterior ha sido claro en establecer que se tornan en fundamentales los derechos que son esenciales, inherentes a la persona humana. En sentencia T-002 de 1992 se estableció: “El sujeto, razón y fin de la constitución de 1991 es la persona humana. No es pues el individuo en abstracto, aisladamente considerado, sino precisamente el ser humano en su dimensión social, visto en la tensión individuo-comunidad...”

Con el fin de verificar si un derecho constitucional fundamental se deriva del concepto de derecho esencial de la persona humana, habrá que remitirse a lo preceptuado en los artículos 5 y 94 que respectivamente consagran: “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”, “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. Entendiéndose que inalienable es: “que no se puede enajenar, ceder ni transferir”;

inherente: “que constituye un modo de ser intrínseco a este sujeto”, y esencial: “aquello por lo que un ser es lo que es, lo permanente e invariable de un ser”. Disposición que tiene como antecedente la enmienda novena de la Constitución de los Estados Unidos, aprobada en 1791.

También en la convención americana de los derechos del hombre, Pacto de San José de Costa Rica, aprobado mediante la Ley 13 de 1972 y ratificado el 31 de julio de 1973, se establece que los derechos esenciales del hombre no nacen de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional.

Para la Corte Constitucional Colombiana, basta con ser mujer u hombre para invocar los derechos humanos, así lo ha dispuesto entre otras en las sentencias de tutela 505 de 1992, 401 de 1992, 426 de 1992, 486 de 1992, 396 de 1993, 539 de 1993, 550 de 1994; en ellas se establece que los derechos fundamentales se poseen desde el momento de la existencia misma y que la fundamentación de estos radica en la dignidad de la persona humana, su inviolabilidad y autonomía, siendo su limitación, la excepción.

Se torna necesario explicitar que son derechos humanos que en su reconocimiento efectivo se hace a hombres y mujeres, pues como bien lo observó la Corte Constitucional mediante la sentencia (C-804 de 2006) al eliminar del código civil la palabra hombre, “sin lugar a equívocos el lenguaje jurídico debe incorporar los fenómenos sociales como la participación activa de las mujeres en la sociedad”.

Por derechos fundamentales se ha de entender un conjunto indispensable de garantías que detentan ciudadanas y ciudadanos frente al Estado y la Sociedad, que hacen parte integral del ser humano, de la persona, que por ello no es posible el desconocimiento de garantías fundamentales en ninguna construcción normativa. Aunque hoy la mayor dificultad no radica en que de manera expresa o tácita se consagren en un estatuto, el mayor reto no es su definición o justificación, sino hacer efectiva su protección a través de instrumentos jurídicos y administrativos, o de simple trámite que eviten su reiterada violación.

En este contexto sobre derechos fundamentales el Estado Colombiano adoptó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales emitido por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1966, ratificándolo mediante la ley 74 de 1968. En enero de 2008 presentó su quinto informe periódico sobre la manera en que se ejercitan dichos derechos ante el Comité de derechos económicos, sociales y culturales, el cual fue examinado en las sesiones tercera, cuarta y quinta del Comité celebradas los días 4 y 5 de mayo de 2010, siendo publicadas sus observaciones finales los días 19 y 20 de mayo de 2010 en las sesiones 23,24 y 25.

Entre otras, las observaciones fundamentales que hace el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al Estado Colombiano y que se relacionan con este escrito ya que son la base para que el Sistema Pensional sea financieramente viable y

sostenible, además de socialmente equitativo por lo tanto, realiza las siguientes recomendaciones:

Revisar las disposiciones relativas a la propiedad intelectual del acuerdo de libre comercio firmado con los Estados Unidos, a fin de garantizar la protección contra el aumento del precio de los medicamentos, en especial para las personas de bajos ingresos.

Recomienda encarecidamente al Estado parte que promueva las oportunidades de empleo y al mismo tiempo mejore las condiciones de trabajo en el sector informal de la economía y en las zonas rurales, en particular con respecto a los bajos salarios y prestaciones sociales.

Al Comité le preocupan las grandes desigualdades en la distribución de los ingresos en el Estado parte en el contexto de la pobreza. Le inquieta en particular, que el sistema tributario sea regresivo y más favorable a los grupos de personas que perciben ingresos más elevados, por ello recomienda al Estado Colombiano que revise su sistema tributario para reducir las desigualdades entre los diferentes grupos de la población, adoptando un sistema tributario basado en impuestos progresivos aplicados según el nivel de ingresos.

Insta al Estado Colombiano a que intensifique sus esfuerzos destinados a prevenir y eliminar la violencia contra las mujeres, aplicando de manera efectiva sus programas de asistencia integral para la protección y rehabilitación de las víctimas,

facilitando el acceso de las mujeres a la justicia, enjuiciando a los responsables e indemnizando a las víctimas.

Recomienda al Estado parte que garantice la educación sexual y reproductiva en las escuelas y que lleve a cabo una estrategia proactiva para prevenir los embarazos precoces.

Insta al Estado Colombiano a que combata y reduzca efectivamente la pobreza elaborando políticas y programas eficaces destinadas a generar ingresos y reducir las desigualdades.

Alienta al Estado parte para que considere la posibilidad de ratificar el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.³

Frente a la invitación que se hace al gobierno colombiano para regular el tema de las violencias contra las mujeres, se resalta que por primera vez en Colombia se expide la ley que establece obligaciones al Estado y a la Sociedad para implementar acciones que prevengan, erradiquen y sancionen toda forma de violencia contra las mujeres, es la ley 1257 de 2008 que ha definido ésta como : Cualquier acción u omisión, que les cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial, por su condición de ser mujeres, así como las amenazas de

3

Comité de Derechos Económicos, S. y. (julio de 2010). *Recomendaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al Estado Colombiano*. Recuperado el 12 de octubre de 2010, de www.asc-hsa.org/.../Recomendaciones%20Comité%20Derechos%20economicos%20.pdf

tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto en el ámbito público como en el privado.

Ley que ha sido regulada mediante los decretos reglamentarios: 4796, 4798, 4799 y 4463 de 2011 con el objetivo de garantizarle a las mujeres que han sido víctimas de diferentes violencias el derecho a:

- A una vida digna
- A la intimidad
- A ser tratada con reserva de identidad al recibir la asistencia médica, legal, o asistencia social respecto de sus datos personales, los de sus descendientes o los de cualquiera otra persona que esté bajo su guarda o custodia.
- A no ser sometidas a tortura o a tratos crueles y degradantes
- A decidir voluntariamente si puede ser confrontada con el agresor en cualquiera de los espacios de atención y en los procedimientos administrativos, judiciales o de otro tipo.
- A que la igualdad real y efectiva
- A no ser sometidas a ninguna forma de discriminación
- A la libertad y autonomía
- Al libre desarrollo de la personalidad
- A la salud.
- A la integridad física, sexual y psicológica
- A recibir atención integral a través de servicios con cobertura suficiente, accesible y de calidad.

- A recibir asistencia médica, psicológica, psiquiátrica y forense especializada e integral en los términos y condiciones establecidos en el ordenamiento jurídico para ellas, sus hijos e hijas”.
- A recibir información clara, completa, veraz y oportuna en relación con la salud sexual y reproductiva.
- A dar su consentimiento informado para los exámenes médico-legales en los casos de violencia sexual y escoger el sexo del facultativo para la práctica de los mismos.
- A que las entidades promotoras y prestadoras de servicios de salud promuevan la existencia de facultativos de ambos sexos para su atención.
- A la seguridad personal.
- A recibir orientación, asesoramiento jurídico y asistencia técnica legal con carácter gratuito, inmediato y especializado desde el momento en que el hecho de violencia se ponga en conocimiento de la autoridad.
- A la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición frente a los hechos constitutivos de violencia;

Además la ley 1496 consagra la igualdad salarial en Colombia entre las mujeres y los hombres cuando desempeñen las mismas actividades laborales y se requiera acreditar las mismas condiciones de formación y experiencia. Corresponde a las Administradoras de Riesgos Profesionales advertir a las autoridades respectivas sobre esta situación como lo consagra la misma ley 1257 de 2008.

4. Del concepto de la seguridad social al concepto de protección social

Para la Organización Internacional del Trabajo

La Seguridad Social es la protección que la sociedad brinda a sus miembros mediante una serie de medidas publicas contra las privaciones económicas y sociales, que de otra manera, derivarían de la desaparición o de una fuerte reducción de sus ingresos como consecuencia de la enfermedad, de la maternidad, accidente de trabajo o enfermedad profesional, desempleo, invalidez, vejez y muerte. (IHSS)

Para la doctrina laboralista la Seguridad Social es y debe ser un instrumento de política social tendiente a proporcionarles a las y los ciudadanos de un país ingresos y servicios de variada índole, tales como los de asistencia pública, servicios públicos, educación y vivienda. Tal como lo consideró el economista William Henry Beveridge (1879-1963), en su plan Beveridge: “La seguridad social debe proteger al individuo desde la cuna hasta la tumba”.

En el ordenamiento constitucional colombiano el concepto de seguridad social tiene una doble connotación o sentido, de un lado se torna en un derecho irrenunciable de cada persona que se ha considerado, en la mayoría de los eventos, como ya se advirtió, por las altas Cortes como un derecho fundamental en conexidad, es decir cuando con su vulneración resultan comprometidos otros derechos fundamentales, como la vida, la dignidad de las personas de la tercera edad, la salud

de los niños, de las mujeres en estado de embarazo, entre otros. De otro lado, en el sentido de Sistema de Seguridad Social se torna en servicio público, de carácter obligatorio y que se presta a través de entidades administradoras, de naturaleza pública o privada, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, como entidad reguladora y en sujeción a los principios rectores de solidaridad, universalidad y eficiencia.

Por ello ha dicho la Corte que El concepto de seguridad social hace referencia al conjunto de medios de protección institucionales frente a los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna. (T-116 de 1993).

Igualmente plantea:

La seguridad social es un asunto que no sólo interesa a los fines del Estado, entendido éste como la institución organizada para lograr sus objetivos sociales, sino que debe comprometer a la sociedad en general, en la búsqueda de los objetivos de brindarle al hombre la protección contra todos los riesgos de carácter social y contra las distintas cargas familiares(...).

Con base en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política se expide la ley 100 de 1993 que en su preámbulo define la Seguridad Social Integral como “el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que dispone la persona y la comunidad

para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento 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”; vinculando este concepto en forma amplia a la ciudadana y al ciudadano, no al trabajador, los derechos humanos, no sólo los derechos laborales e intenta profundizar el concepto sobre la democracia, en un Estado Social de Derecho.

Extrañamente en el artículo 1° de la ley 789 de 2002, con el aval de la Corte Constitucional contenido en la sentencia C-038 de 2004 con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett, se definió el Sistema de Protección Social, se afirma que extrañamente, ya que se trata de la modificación al Código Sustantivo del Trabajo, normatividad que se ha entendido independiente y autónoma del derecho a la seguridad social; allí se definió como “ el conjunto de políticas públicas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de los colombianos, especialmente de los más desprotegidos. Para obtener como mínimo el derecho a la salud, la pensión y el trabajo. El objeto fundamental, en el área de las pensiones, es crear un sistema viable que garantice unos ingresos aceptables a los presentes y futuros pensionados”. (artículo 1 de la Ley 789 de 2002).

Nueva definición, contraria a la de la Seguridad Social y que puede establecer restricciones que conduzcan cada vez más, a un sistema de aseguramiento de

contingencias que efectivamente proteja mínimos, sin que se logre el objetivo de lograr la inclusión y la igualdad real progresiva de los afiliados.

Al respecto ha de acogerse la definición que sobre el Sistema de Protección Social expone la CEPAL:

La noción de protección social basada en derechos no se limita a respuestas asistenciales o paliativas, sino que se extiende a políticas de desarrollo del capital humano y prevención de riesgos. Si bien los cambios de las políticas sociales se han traducido en una población más escolarizada y con mejores indicadores de salud, esta se enfrenta a mercados laborales que no controla.

Un Sistema de Protección Social es más que una estructura institucional; es un acuerdo político al que concurre la sociedad para establecer las bases sobre las que desea construir y desarrollar su convivencia. Determina qué derechos se aplican a todos, cómo se garantizan y cómo se hacen viables. Esto supone instituciones, normas, programas y recursos. Además, un pacto social para refundar la protección social sobre la base de derechos universalmente reconocidos no se restringe a las voluntades individuales en su aplicación ni a las metas de mercado. Un pacto social de esa índole debe estar respaldado por una decisión de la sociedad. (CEPAL, 2006)

Se impone de esta manera entonces, para las y los colombianos un rediseño en los sistemas públicos de aseguramiento que de cuenta de fenómenos sociales, políticos y económicos, regionales y mundiales como el desplazamiento masivo en las zonas rurales y urbanas, campesinos desarraigados de sus tierras en forma violenta y como una forma de sobrevivir, la integración cada vez mayor de hogares encabezados por mujeres trabajadoras, o en el peor de los casos, sin capacidad económica suficiente para cubrir las necesidades básicas de su grupo familiar, el incremento progresivo de trabajadores independientes que no logran una cobertura integral para la protección de sus contingencias.

Fenómenos como la globalización, que impone un reto en la internacionalización de las relaciones de trabajo, las relaciones humanas y económicas soportadas en los flujos de capitales y las relaciones y responsabilidades entre países con diversos niveles de desarrollo, deberían ser un reto para lograr ampliar la base de cotizantes del régimen contributivo, que pudiera soportar un régimen subsidiado.

El acto legislativo 01 de 2005 que adiciona el artículo 48 de la CP no define el Sistema Colombiano de Seguridad Social aunque fija sus pautas, como que se debe garantizar en él la sostenibilidad financiera, el cumplimiento y reconocimiento de las pensiones sólo con base en lo definido en la Ley, la revisión de las pensiones y la limitación al régimen de transición, entre otras.

5. El derecho a la seguridad social, un derecho humano fundamental.

En general, se habla de derecho humanos y derechos fundamentales como si se tratara de dos categorías distintas, al respecto ha de tenerse en cuenta lo expresado por (Chinchilla Herrera, 1999), quien afirma que la expresión derechos humanos es previa a la de derechos fundamentales, así entonces hay que entender los derechos humanos como una categoría previa legitimadora e informadora de los derechos fundamentales, así como los derechos fundamentales serían una categoría descriptiva de los derechos humanos positivizados en el ordenamiento jurídico, de tal manera que los derechos fundamentales están cimentados en un sistema de valores previo: el orden objetivo y universal.

En la jurisprudencia constitucional colombiana se ha sostenido en forma mayoritaria, que la seguridad social en sí misma no es un derecho fundamental, excepto cuando se trata de la protección efectiva de los niños y de los ancianos, y en sus sentencias de tutela, ha establecido que el derecho a la seguridad social asume el carácter de derecho fundamental, cuando su desconocimiento puede conllevar a la violación de otros derechos y principios fundamentales, como la vida, la integridad física, el libre desarrollo de la personalidad de las personas de la tercera edad y la dignidad humana.

En nuestro país, pese a que en la Carta política de 1991 se consagraron los derechos prestacionales y el derecho a la igualdad, eso no ha conllevado a disminuir en buena proporción los elevados índices de pobreza y de inequidad, que poseemos;

pues según la Misión para el diseño de una estrategia de reducción de la pobreza y desigualdad (MERPD) con base en el Departamento Nacional de Estadísticas DANE, para el año 2004 el porcentaje de personas bajo la línea de la pobreza se encontraba en el 52.6% y entre este número un 17% se encuentran bajo la línea de indigencia, colocándolos entre los más pobres dentro de los pobres. (Departamento Nacional de Planeación, 2005)

Ahora, si bien es cierto hay un desajuste en el modelo económico, aumentan los índices de desempleo y de subempleo, de hambre, difícil acceso a los servicios de educación, salud y a los servicios públicos básicos, también lo es que existe un cambio de sensibilidad resultante de los propósitos de superar el atraso económico y la indiferencia política y social.

Tratándose del derecho a la seguridad social en materia pensional, se ha considerado en reiteradas ocasiones su carácter de fundamental, entre ellas las sentencias T-181 de 1993 y la T-671 de 2000 que han determinado en qué circunstancias el derecho a la pensión de vejez adquiere el carácter de derecho fundamental: “el reconocimiento y pago de la pensión de vejez encuentra sustento constitucional en la protección especial que debe brindar el Estado al trabajo humano en todas sus modalidades (artículo 25 C.P), pues se impone que el fruto del trabajo continuado durante largos años sea la base para disfrutar el descanso, en condiciones dignas, cuando la disminución de la producción laboral es evidente”.

En las sentencias (T-111 de 1994 y T-235 de 2002), se consideró como derecho fundamental el reconocimiento oportuno de la pensión para las personas de la tercera edad. Incluso, en la (T-568 de 1999) se catalogaron los derechos sociales como derechos humanos.

En la sentencia (SU-1354 de 2000) se estableció” El reconocimiento del derecho a la pensión es un derecho fundamental para las personas de la tercera edad, porque tiene que ver con el derecho a la subsistencia en condiciones dignas.”

En la sentencia (T- 887 de 2001) se dijo: “Las entidades estatales que tienen la función de estudiar, analizar y conceder el derecho a la pensión de jubilación no pueden escudarse en los trámites administrativos para retardar al trabajador su goce pensional, en perjuicio de sus derechos fundamentales”.

Así entonces se ha de ubicar el derecho a la seguridad social como un derecho fundamental, específicamente en materia de pensiones no se nace con el derecho a ser pensionado, claro que no, en esta medida este derecho se torna en derecho programático, es decir, solo en la medida en que se cumplen los requisitos de conformidad con la normatividad vigente al momento de su causación, el derecho como tal se torna exigible, y es así como su no reconocimiento oportuno, deviene el derecho en fundamental, pues de su reconocimiento depende la sobrevivencia no solo de quien es titular de su derecho, sino también de su grupo familiar.

La seguridad social se erige en nuestro ordenamiento jurídico colombiano como un derecho constitucional a cuyo cumplimiento se compromete el Estado en su reconocimiento como derecho constitucional fundamental (sentencia SU-062 de 2010).

Lo anterior sin olvidar que Colombia incorporó en su normatividad interna el Código Iberoamericano de Seguridad Social , que define el derecho a la seguridad social como un derecho inalienable.

Dicho código fue aprobado mediante la ley 516 de 1999 y sometido a examen oficioso de constitucionalidad mediante la sentencia C-125 de 2000, en él se reconoce el derecho a la seguridad social como un derecho inalienable del ser humano y como un instrumento para obtener el bienestar social, como un factor de integración y articulación permanente con la sociedad.

Colombia ha suscrito a más de este último código contenido en la ley 516 de 1999, otros acuerdos relacionados con este y contenido en las siguientes normas internas: Ley 65 de 1981 que incorpora el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social, la ley 4 de 1982 que aprueba el Convenio Iberoamericano de Cooperación en Seguridad Social, la Ley 86 de 1995 que contiene el Tratado de la Comunidad Iberoamericana de Seguridad Social.

Dichos instrumentos fortalecen la cooperación con los países iberoamericanos y enmarcan a los Estados firmantes y a la Sociedad en general, en los principios que

informan el Sistema General de Seguridad Social Integral, como la dignidad humana, la solidaridad, el trabajo y la prevalencia del interés general, y a este derecho como un derecho humano, inherente a la persona humana y por ende fundamental.

Como la expedición y divulgación de este código resulta de suma importancia para el Sistema General de Seguridad Social Integral, sus Entidades Administradoras, afiliados, beneficiarios y organismos de control, ya que además hace parte del bloque de constitucionalidad, se referencia algunos aspectos trascendentales:

- Establece el respeto mutuo de principios constitucionales como la dignidad humana, la solidaridad y el trabajo de conformidad con ordenamientos jurídicos de cada uno de los países signatarios, como requisito para hacer efectivas las obligaciones a cargo de sus miembros.
- Las normas del Código Iberoamericano de Seguridad Social desarrollan distintos preceptos constitucionales: el preámbulo y los artículos 9, 226 y 227 de la Carta, en los que se establece la integración económica, social y política con las demás naciones sobre bases de equidad, igualdad, reciprocidad y reconocimiento de la soberanía, como también los artículos 44, 46, 47, 48, 50 y 53 sobre seguridad social y los artículos 150-16, 189-2 y 224 superiores. (C-125 de 2000).

Los objetivos fundamentales de dicho estatuto fueron presentados ante la V Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno y son fundamentalmente los siguientes:

- Posibilitar y facilitar la coordinación de los sistemas de seguridad social en Iberoamérica, lo que constituye un factor trascendental para los procesos de integración económica de la región.
- Impulsar la modernización de los sistemas de seguridad social, mejorando su eficiencia, tanto en los aspectos de financiación como de gestión y acción protectora, dentro de un marco en el que cada país elija el modelo que considere conveniente.
- Promover en un esquema de desarrollo armónico en sus dimensiones económica y social, la evolución de los diferentes sistemas de seguridad social, lo que permitirá disponer en forma gradual y flexible de bases comunes en la cobertura social de la región.

El código consta de 130 artículos agrupados en tres partes, la primera consagra los principios fundamentales de la seguridad social, la segunda se refiere a las normas mínimas de la seguridad social, y la tercera a las normas relativas a la aplicación del código.

En el capítulo relativo a los principios fundamentales se establece que la seguridad social es un derecho inalienable del ser humano y una garantía para la consecución del bienestar de la población. Además de constituirse en factor de integración permanente, estabilidad y desarrollo armónico de la sociedad.

Los Estados que ratifiquen el tratado asumen la responsabilidad indeclinable de establecer medidas de protección social tendentes a garantizar a la población dicho derecho, cualquiera sea el modelo institucional, de gestión y financiero de cada país, de acuerdo con sus propias circunstancias históricas, políticas, económicas y sociales.

Principios que como ya lo advertimos, resultan siendo obligatorios para todas las Entidades que administran el Sistema General de Seguridad Social en Colombia, en la medida en que la seguridad social como derecho comporta un derecho fundamental para el desarrollo del todo ser humano.

El contenido y alcance de los mínimos de las prestaciones sociales que el código contempla se fijan respetando las normas de otros instrumentos de derecho social, de alcance universal y se establece que su interpretación se debe hacer de conformidad con las reglas del derecho social internacional.

La estimación sobre la cobertura de las obligaciones mínimas debe valorar los efectos sobre las necesidades sociales en cada caso consideradas, para lograr el otorgamiento gradual de prestaciones suficientes que hagan posibles la superación de las diversas contingencias y riesgos que puedan acaecer.

También se consagra allí que el derecho a la seguridad social debe extenderse en forma progresiva a toda la población, sin discriminaciones por razones personales o sociales y que para la determinación de los mínimos de seguridad social se deben adelantar, dentro de las posibilidades de cada país, todas las actuaciones necesarias para el desarrollo efectivo del derecho a la salud, especialmente en los ámbitos preventivos y de atención primaria. De la misma manera, se debe tener en cuenta que el objetivo prioritario, dentro de las modalidades contributivas, es el de hacer efectivos los principios de sustitución de rentas y de garantizar el poder adquisitivo, de manera que las prestaciones económicas guarden relación con el esfuerzo contributivo realizado. Igualmente, se señala que la articulación de programas de servicios sociales facilita el cumplimiento de los fines de la seguridad social orientados al desarrollo y la promoción del ser humano, a la integración social de las personas marginadas y a la priorización de actuaciones dirigidas a los sectores más vulnerables de la población.

Los Estados ratificantes se obligan a implantar mecanismos de protección complementarios de los regímenes generales de protección social que incentiven el ahorro en beneficio de la previsión, pues la conjunción de regímenes generales y complementarios facilita el cumplimiento de los objetivos de las políticas de desarrollo y progreso social.

Se deja claramente estipulado que el derecho a la seguridad social se fundamenta, entre otros, en el principio de solidaridad y que las prestaciones mínimas de alcance

universal, de acuerdo con las legislaciones nacionales, requieren la solidaridad de todos los miembros de la comunidad. Por ello se recomienda una política de racionalización financiera de la seguridad social basada en la conexión lógica entre las distintas funciones protectoras, la extensión de la solidaridad, la naturaleza compensatoria o sustitutiva de rentas de sus prestaciones, que guarde la debida concordancia con las capacidades económicas del marco en que debe operar y basada en el equilibrio entre ingresos y gastos y la correspondencia entre capacidad de financiación y protección otorgada.

Por otro lado, se establece que los fines y los medios de las políticas económicas y de protección social deben compatibilizarse mediante una consideración conjunta en orden a promover el bienestar social; que la financiación de la protección debe tener en cuenta los condicionantes políticos, económicos y sociales de cada Estado; que la integración de las políticas económicas y de protección social es necesaria para propiciar el propio desarrollo económico; y que es necesaria una política equilibrada de redistribución de la renta nacional en orden a satisfacer las necesidades sociales básicas.

Para efectos de la eficacia y efectividad protectora se ordena coordinar los diferentes programas de protección social para garantizar una cobertura más racional y eficaz de las diversas necesidades. Coordinación que puede ser institucional y operativa de las ramas, regímenes, técnicas y niveles de protección social.

La eficacia de la gestión de la seguridad social según el código, requiere del planteamiento permanente de un objetivo de modernización de sus formas y medios de gestión, que incorpore el análisis de sus costos operativos y la aplicación de avanzados instrumentos y métodos de gestión, equilibradamente dimensionados y apoyados en recursos humanos sujetos a programas constantes de formación.

Los Estados cualquiera que sea el modelo organizativo e institucional adoptado, deberán propiciar una gestión apoyada en los principios de eficacia, eficiencia, simplificación, transparencia, desconcentración, responsabilidad y participación social.

Se destaca la conveniencia de promover las labores de estudio y previsión de los factores socio-económicos y demográficos que influyen sobre la seguridad social y de establecer planes plurianuales que comprendan las actividades a desarrollar durante varios ejercicios presupuestarios señalando algunas directrices en la administración de los sistemas que aseguran progresos apreciables en cuanto a integración y sistematización de normas legales, simplificando y aclarando sus preceptos; el mejoramiento del conocimiento general de la seguridad social y de sus instituciones por parte de los usuarios, especialmente, en cuanto al derecho de sus prestaciones y el destino de los fondos recaudados; la expansión de los medios de contacto directo con los usuarios, facilitando acceso a los servicios administrativos, utilización de modernas técnicas de comunicación dirigidas no sólo a aquellos, sino también a la opinión pública en general para favorecer la sensibilidad ante la seguridad social y su aprecio social; la adopción como método para evaluar la calidad, la opinión de los

beneficiarios sobre los servicios y prestaciones que reciben; y el establecimiento de los métodos eficaces de afiliación y recaudatorios y la administración rigurosa de los recursos disponibles .

La garantía de los derechos individuales de seguridad social debe disponer de mecanismos jurídicos institucionales suficientes, agilizar los procedimientos de trámite y reconocimiento de las prestaciones, potenciar los mecanismos que permitan un mayor control en el cumplimiento riguroso de las obligaciones, regular, de acuerdo con la legislación y prácticas nacionales, procedimientos de reclamación y recursos a través de los cuales los interesados puedan impugnar las decisiones de los órganos gestores de la seguridad social .

Los Estados ratificantes se comprometen también, de acuerdo a sus prácticas nacionales, a promover mecanismos de participación social en la seguridad social.

Sobre el objetivo de convergencia de las políticas de seguridad social se señala que debe facilitar la coordinación de las legislaciones respectivas en su aplicación concurrente, sucesiva y simultánea, a los trabajadores migrantes. Con tal fin se elaborará un protocolo adicional al código, sobre seguridad social de los que se desplazan al interior de sus fronteras y a la de sus familias.

El propósito de coordinación legislativa y la convergencia de políticas protectoras, debe motivar a los Estados para comprometer la elaboración y, en su caso, aprobación

de un protocolo adicional, contentivo de una propuesta de lista iberoamericana de enfermedades profesionales.

Los Estados, según el código, coinciden en la necesidad de establecer medios y procedimientos de orden internacional capaces de asegurar la eficacia de sus normas y la utilidad de adoptar en común, cuantas medidas puedan facilitar la interpretación y aplicación de sus preceptos, y procurar el desarrollo de sus principios y derechos mínimos.

Cada Estado deberá establecer modalidades de financiación para el correspondiente pago de las prestaciones, de acuerdo con lo que prevé la legislación y prácticas de cada país. Dicha financiación debe procurar: el equilibrio entre contribución y prestación; las cotizaciones se tendrán que usar exclusivamente en la financiación de las prestaciones contributivas, de manera que quede enmarcada dentro de las políticas económicas, considerando al tiempo su incidencia en la generación del empleo .

Las pensiones contributivas se deberán regir por la legislación interna de cada Estado, exigiéndose requisitos y procedimientos diferentes para el cálculo de la prestación de vejez, para la de invalidez, la incapacidad derivada de accidente de trabajo o enfermedades profesionales, señalando su cuantía por niveles y sólo en caso de que ello no esté establecido se podrán aplicar las fijadas en el código. También se deberán establecer las prestaciones económicas de naturaleza contributiva, que no tengan forma de pensión, señalando el importe inicial de los pagos periódicos, las

cuantías por niveles; las prestaciones económicas de naturaleza no contributiva, el importe inicial de los pagos periódicos y las cuantías por niveles.

Los importes correspondientes a prestaciones económicas y pensiones deberán ser revisadas periódicamente, cuando haya variaciones sensibles en el costo de la vida, considerando así mismo la situación económica y las prácticas nacionales de cada Estado. En cuanto a las modalidades de gestión de las prestaciones, éstas se rigen de conformidad con la legislación y las prácticas de cada país.

En los artículos 38 a 45 se fija el alcance y contenido de la asistencia sanitaria, las prestaciones sanitarias que deben garantizarse, la participación en el gasto de la asistencia sanitaria del beneficiario o de su familia, se señalan los ítems que cubre la garantía sanitaria, las prestaciones económicas y la organización de los servicios de salud.

En cuanto a las prestaciones por vejez se consagra que éstas deberán garantizarse a las personas protegidas, según los lineamientos fijados en los artículos 46 a 52 del Código.

Sobre las prestaciones monetarias por enfermedad se establece el deber de los Estados de garantizar a todas las personas protegidas el otorgamiento de prestaciones monetarias por enfermedad o accidente, auxilios por desempleo, y prestaciones en caso de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, las prestaciones deberán combinarse con medidas que incentiven la prevención de riesgos

profesionales, con la recuperación y reincorporación de las personas que los han padecido y con el establecimiento de políticas dirigidas a prevenir riesgos laborales y mejorar las condiciones de higiene y seguridad en los centros y puestos de trabajo.

Así el Código Iberoamericano de la Seguridad Social cuyo propósito fundamental es el de lograr que los Estados que lo ratifiquen adopten medidas de protección que garanticen a los habitantes de sus respectivos países unos mínimos de seguridad social, con el fin de mejorar su calidad de vida mediante el pleno acceso a los servicios de salud y los demás beneficios que de ella se derivan, concuerda con el contenido del artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que prescribe:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene, así mismo, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

Con base en este estatuto el Sistema General de Seguridad Social Integral tendría que propender por el mejoramiento de los servicios de seguridad social con el fin de hacerlos más eficientes en beneficio de las y los usuarios, agilizando los procedimientos de trámite, estableciendo mecanismos para controlar el cumplimiento

riguroso de las obligaciones y procedimientos de reclamación y los recursos para que los interesados puedan impugnar las decisiones de las entidades prestadoras de los servicios de seguridad social, sin perjuicio de la adopción de medidas destinadas a proteger los recursos de la seguridad social y a velar por la sostenibilidad financiera del sistema, como además hoy lo dispone el acto legislativo 01 de 2005, haciendo efectivos prioritariamente los derechos constitucionales, de manera que las prestaciones económicas guarden relación con el esfuerzo contributivo realizado. Siendo efectivo de esta manera como derecho fundamental, inherente al ser humano.

Reitera este código de manera relevante como principios fundantes del Sistema de Seguridad Social los principios rectores de igualdad y solidaridad que, en criterio de la Corte, son los que permiten que ésta se pueda realizar en los términos que nuestra Constitución ordena:

Ha de ser entendido como derivación de su carácter social y de la adopción de la dignidad humana como principio fundante del mismo. En virtud de tal deber, al Estado le corresponde garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, y para ello debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en circunstancias de inferioridad, bien de manera indirecta, a través de la inversión en el gasto social (lo cual explica la prioridad que dicho gasto tiene sobre cualquiera otra asignación, dentro de los planes y programas de la nación y de las entidades territoriales, art. 366 C.P.), o bien de manera directa, adoptando medidas en favor de aquellas

personas que por razones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (...). (C-237 de 1997).

Pero tal deber no se predica solamente del Estado sino también de los particulares a quienes se les puede exigir "en los términos de la ley, y de manera excepcional, sin mediación legislativa, cuando su desconocimiento comporta la violación de un derecho fundamental. (C-237 de 1997).

Versado este capítulo sobre los conceptos de seguridad social, derechos sociales, estado social de derecho y el marco normativo legal y constitucional de la Seguridad Social, en el entendido de que se trata de un derecho inherente a la persona humana como lo consagra la normatividad interna, se hará la aproximación al Sistema General de Pensiones en Colombia.

CAPITULO 2
APROXIMACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES EN
COLOMBIA.

1. El sistema general de pensiones de vejez vigente en Colombia en el marco del sistema general de seguridad social integral.

El Sistema General de Seguridad Social Integral, cuyo soporte normativo en principio, se encuentra establecido en la ley 100 de 1993 tiene como objetivo garantizar la protección de las contingencias que afectan la calidad de vida acorde con la dignidad humana, no sólo de quienes tiene capacidad económica o se encuentran afiliados a él en calidad de trabajadores, sino de quienes se benefician del Sistema Solidario, ya sea en pensiones o en salud.

1.1. Principios rectores:

Este Sistema General se encuentra regido por unos principios rectores, de carácter político-social que tal como señala el artículo 2 de la CP comprometen al Estado en su finalidad, haciendo efectiva la garantía de ellos y sirven de guía tanto a las entidades administradoras del Sistema como a los órganos legislativo y judicial.

Entre estos principios rectores se encuentran:

La eficiencia: Definido como la óptima utilización de los recursos técnicos, administrativos y financieros que permitan obtener los beneficios en forma adecuada, oportuna y suficiente; indicando no sólo la eficaz y adecuada atención, sino la continuidad en la prestación de los servicios, tal como lo señala la Corte Constitucional en la sentencia (SU- 562 DE 1999):

La eficiencia es una característica de la gestión que implica una relación entre el Sistema de Seguridad Social y sus beneficiarios. Exige una atención personalizada en torno a los derechos y necesidades de los usuarios y una sensibilidad social frente al entramado normativo para que estos no queden aprisionados en el laberinto burocrático.

La universalidad: Definido como la garantía, sin ningún tipo de discriminación y en todas las etapas de la vida a todas las personas, busca comprender a todos los integrantes de la sociedad.

La solidaridad: Evidencia la solidaridad entre las diferentes generaciones, los sectores productivos o económicos, las diversas regiones y las comunidades y como una garantía y un objetivo del Estado quien debe controlar y direccionar el Sistema General de Seguridad Social Integral.

La integralidad: teniendo como base acciones preventivas encaminadas a evitar los riesgos y procurando la cobertura de todas las contingencias que afectan las

condiciones de vida digna de todas las personas, mediante el reconocimiento de prestaciones asistenciales y económicas. En el Sistema Colombiano no sólo a quienes tienen vínculo laboral o capacidad económica.

La unidad: que permite armonizar normas, instituciones y procedimientos para que todos los afiliados al sistema, acceden en igualdad de condiciones frente a la protección de las contingencias.

Adicionalmente se aplican los principios contenidos en el artículo 53 de la carta política, por expresa disposición del artículo 272 de la ley 100 de 1993 entre los que se encuentran la igualdad de oportunidades para los trabajadores, la remuneración mínima vital móvil, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos, la situación más favorable en caso de duda en la aplicación e interpretación de fuentes formales del derecho y la primacía de realidad sobre las formas.

Principios que se enuncian en el texto de seguridad social y que son meramente enunciativos, no taxativos, pues además la Corte Constitucional ha desarrollado otros principios que ameritarían un análisis profundo e independiente de este texto, para indagar sobre su origen legal, entre otros, los principios de progresividad, de restringida interpretación, de la confianza legítima, el de la igualdad media razonada, el equilibrio en la imposición de cargas, atenuación al principio de inescindibilidad, la igualdad media racional y el límite a la arbitrariedad. (C-789 de 2002, C-754 de 2004 y T-566 de 2009)

1.2. Objeto del sistema:

El objeto del Sistema General de Pensiones es el de garantizar la protección efectiva frente a las contingencias de la vejez, de la invalidez y de la muerte, mediante el reconocimiento de prestaciones, sean estas indemnizaciones, devoluciones de aportes o pensiones de vejez, de invalidez o de sobre vivencia y el auxilio funerario. Prestaciones comunes a los dos Regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, esto es, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, teniendo como soporte este último el ahorro proveniente de las cotizaciones y de los rendimientos financieros ubicados en una cuenta individual de ahorro pensional, administrado por los Fondos Privados de Pensiones, reconociendo la pensión de vejez, de conformidad con el artículo 64 de la ley 100 de 1993, esto es, siempre y cuando el capital acumulado en la cuenta individual del afiliado le permita obtener una pensión superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente .

Sin perjuicio de estas prestaciones de carácter legal, es decir, las que expresamente consagró la Ley 100 de 1993 se ha establecido otra prestación, en concepto de quien escribe extraña al sistema pensional, que tiene que ver con el reconocimiento y pago de las incapacidades por origen común que superen los primeros 180 días que están a cargo de las respectivas Entidades Promotoras de Salud, es decir, una vez superado este periodo sin que exista un dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral, las Administradoras de Fondos de Pensiones deben asumir esta prestación económica. (Artículo 23 Decreto 2463 de 2001 y Decreto Ley 019 de 2012)

Como el régimen de transición sólo se respeta en el régimen de prima media con prestación definida se explicará éste ampliamente.

2. Del régimen de prima media con prestación definida:

El Régimen pensional de Prima Media con Prestación Definida se regula básicamente en los artículos 31 a 58 de la ley 100 de 1993, definiendo las Entidades Administradoras, las contingencias protegidas, prestaciones y requisitos para acceder al reconocimiento de las prestaciones establecidas allí. En este régimen los aportes de los empleadores y los afiliados y los respectivos rendimientos constituyen un fondo común de naturaleza pública, preestableciendo a su vez, las condiciones y requisitos para acceder a las prestaciones por él reconocidas. Normatividad que ha sido modificada tanto por la Leyes 797 y 860 de 2003, como por el acto legislativo 01 de 2005.

El Sistema General de Pensiones, en adelante SGP, se aplica a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando los derechos, garantías, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores. Es administrado por el Seguro Social y las Cajas, Fondos o Entidades de previsión social que fueron declarados solventes para administrar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, esto es, El fondo de pensiones Antioquia, Caxdac la caja de prestaciones sociales de los aviadores, Fonprecom el fondo de prestaciones sociales

de los congresistas, La Caja de Previsión Social de la Universidad del Cauca, Cajanal y Caprecom.

Las contingencias de vejez, invalidez y sobrevivencia las protege el SGP mediante el reconocimiento de pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia cuando se cumplen los requisitos exigidos, de lo contrario, reconoce indemnizaciones o devoluciones de aportes, además del auxilio funerario pagado a quien demuestre haber sufragado los gastos de entierro, de conformidad con el Artículo 51 ley 100 de 1993.

La afiliación es obligatoria a partir del 1 de abril de 1994 para todos los afiliados que tengan una vinculación laboral, sea con el sector privado o con el sector público, Para adquirir el derecho a una pensión de vejez en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida se requiere hoy , contar con 55 años de edad si se es mujer o 60 años de edad si se hombre y tener 1225 semanas de cotización (al 2012), que cada año se incrementarán en 25 semanas hasta el 2015 cuando mínimas serán 1300 y las edades exigidas serán de 57 y 62 para mujeres y hombres respectivamente.

Como excepción a los anteriores requisitos y de manera especial consagra dos pensiones:

Para las personas que padezcan una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más que cumplan 55 años o más de edad y que hayan cotizado en forma continua o discontinua 1000 o más semanas al régimen de seguridad social.

Para la madre o padre trabajadores, cuyos hijos padezcan invalidez física o mental, evaluada en los términos del sistema, es decir, de conformidad con el manual único de calificación contenido en el decreto 917 de 1999 y que dependen económicamente de estos, quienes tendrán derecho a recibir pensión a cualquier edad, siempre que hayan cotizado al sistema general de pensiones el mínimo de semanas exigido para la pensión de vejez.

Vale la pena anotar que frente a esta última pensión especial de vejez mediante las sentencias de tutela T 651 de 2009 y 176 de 2010 con base en lo que la misma Corte Constitucional ha enunciado como su jurisprudencia constitucional, ha interpretado que dicho reconocimiento pensional puede hacerse bajo el régimen de transición

En efecto, la Corte Constitucional ha entendido que el régimen de transición incorporado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 se sustenta en la necesidad de efectivizar el principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la ley laboral. Así, en sentencia T-631 de 2002 el Tribunal Constitucional indicó que: “El artículo 36 de la ley 100 de 1993 es una norma de orden público, que desarrolla el principio de favorabilidad reconocido en el artículo 53 de la Constitución que penetra en todo el ordenamiento laboral por ser su hilo conductor. Además, la ley 100 Art. 11, también establece el principio de favorabilidad.

Es posible identificar en la jurisprudencia de la Corporación dos eventos en los cuales podrían configurarse vías de hecho en el acto administrativo proferido con ocasión de la solicitud pensional:

Cuando en el acto administrativo por medio del cual se define el reconocimiento de la pensión de jubilación se incurre en una omisión manifiesta al no aplicar las normas que corresponden al caso concreto o elige aplicar la norma menos favorable para el trabajador, en franca contradicción con la orden constitucional del principio de favorabilidad. Por ejemplo, cuando se desconoce la aplicación de un régimen especial o se omite aplicar el régimen de transición previsto en el sistema general de pensiones. Se configura la vía de hecho por omisión manifiesta en la aplicación de las normas porque al tratarse de derechos provenientes de la seguridad social son irrenunciables y si la persona cumple con los requisitos previstos por la ley para que le sea reconocido su derecho de pensión conforme a un régimen especial o de transición, esta es una situación jurídica concreta que no puede ser menoscabada. La posición de quien cumple con lo exigido por la ley configura un auténtico derecho subjetivo exigible y justiciable. (T-176 de 2010).

En los artículos 13 y 33 de la ley 100 de 1993 modificados por los artículos 2 y 9 de la ley 797 de 2003, se establecen las características del Sistema General de Pensiones:

Una vez efectuada la selección inicial , sólo se podrá trasladar de régimen por una sola vez, cada 5 años, contados a partir de la selección inicial, después del 29 de diciembre del año 2004 el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltare 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Excepto para quienes son beneficiarios del régimen de transición en los términos del la sentencia C-789 de 2002, es decir, para quienes al 1 de abril de 1994, o 30 de junio de 1995, cuenten con 15 años o más de servicios o de cotización, quienes podrán trasladarse de régimen en cualquier tiempo.(C-1024 de 2004)

Para el reconocimiento de las prestaciones, esto es, pensiones o indemnizaciones o devoluciones de aportes se tendrá en cuenta la suma de todas las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993 al Instituto de Seguros Sociales o cualquier caja, fondo o entidad de previsión social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicios, incluyendo los de los regímenes exceptuados de conformidad con el artículo 289 de la ley 100 de 1993. Igualmente se tendrá en cuenta las semanas de cotización en cualquiera de los dos regímenes de pensiones.

Los recursos de Sistema general de pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran. Importante enunciación que permite afirmar que los recursos del sistema general de pensiones no son recursos públicos, son recursos parafiscales, tienen una destinación específica en el reconocimiento y pago de las prestaciones propias del sistema y en esta medida, además, al ser recursos que no pertenecen a la Nación ni al tesoro

público no generan incompatibilidad alguna con cualquier otra asignación que sea reconocida con recursos públicos.

De esta manera en opinión de quien escribe, una funcionaria o un funcionario público pensionado por el Régimen de Prima media con Prestación definida vinculado laboralmente al sector público puede recibir su pensión de vejez y cualquier otra asignación del erario público sin que le sea oponible que sean incompatibles, argumento jurídico que además se soporta en el derecho que tiene un afiliado de hacer aportes al sistema hasta el momento en que cumpla las condiciones mínimas para tener derecho a su pensión de vejez, de conformidad con el artículo 17 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4 de la ley 797 de 2003 en cuyo caso podrá dejar de hacer aportes y enviar la novedad de retiro de este, permitiéndosele que sin haber renunciado a su vinculación laboral perciba su mesada pensional, situación que claramente señala el Consejo de Estado hoy, no genera legalmente incompatibilidad alguna, siendo razones de orden social y económico, como un relevo generacional por ejemplo, las que tendría que considerar eventualmente el nominador.(C de E 1480 del 8 de mayo de 2003.)

Así se modificaron las condiciones para tener derecho a una pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, y se consagró que previa la acreditación de algunas condiciones se respetaría el régimen pensional que se encontraba vigente en Colombia antes de la ley 100 de 1993.

CAPITULO 3

**DEL REGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL, EN EL CONTEXTO DE
LOS DERECHOS ADQUIRIDOS:**

1. Referente conceptual:

Un régimen de transición comporta siempre un mecanismo de protección para las mujeres y los hombres que se van acercando al cumplimiento de requisitos establecidos en un ordenamiento jurídico para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez, pues estos están en una situación especial frente a los que apenas inician su actividad laboral o de cotización al sistema pensional, y requieren una protección en cualquier transito legislativo. Un régimen de transición entonces comporta la supervivencia de normas más favorables y preexistentes a una ley general de pensiones.

Dicha figura obedece a la teoría de la irretroactividad de la ley, que doctrinariamente representa el fundamento esencial del derecho transitorio; es una norma creada por el Legislador, que permite encontrar solución en caso de conflictos por la sucesión normativa en el tiempo, derivadas de un cambio de legislación. Con el artículo 36 de la ley 100 de 1993 se permitió que durante un período existiera una superposición parcial del anterior y del nuevo régimen de pensiones de vejez. De manera que éste tuviera una cierta eficacia retroactiva y el anterior, una eficacia ultractiva.

Como ya se advirtió la Carta Política establece el derecho a la seguridad social como de rango constitucional, artículos 48 y 49, en concordancia con el Preámbulo y los artículos 1, 2, 5, 12, 13, 22, 25, 42-50, y 366; con las características de tornarse en irrenunciable, como un derecho adquirido (artículo 58 en concordancia con el 48 y 53) y regido por los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, favorabilidad, condición más beneficiosa e indubio pro operario. De esta manera, la seguridad social es connatural al Estado Social de Derecho, incorporándola en su configuración como un instrumento de política social.

El texto de la Ley 100 de 1993 entra en vigencia el 23 de diciembre de 1993, en un contexto socioeconómico marcado por la impronta de la apertura económica, iniciada y desarrollada en la década del noventa por los gobiernos de Virgilio Barco y César Gaviria, políticas que profundizaron situaciones de pobreza y marginamiento de un alto porcentaje de la población colombiana: aumento vertiginoso de las tasas de desempleo causada por la disminución progresiva de la mediana y la pequeña industria, la implementación de la reforma laboral contenida en la Ley 50 de 1990, que facilitó la contratación de trabajadores temporales, la flexibilización de la jornada laboral y del régimen prestacional de los empleados; a la par que se adelantaba en el país la llamada modernización del Estado por la cual se suprimieron cerca de cien mil cargos en el sector público.

El Sistema General de Pensiones, establece dos regímenes pensionales, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual

con Solidaridad. Se centrará la problemática planteada en el primero de ellos, regulado en el título II de la Ley 100 de 1993, específicamente en el Capítulo II correspondiente a la Pensión de Vejez y al artículo 36 que estableció el llamado Régimen de Transición.

Articulado que ha provocado innumerables pronunciamientos contradictorios por parte de las altas Cortes en Colombia, y que al analizarlos quizá, se haya evidenciado que no se cuenta con un precedente constitucional como referente para reconocer derechos humanos fundamentales como resulta siendo el reconocimiento oportuno de una pensión de vejez, en el marco de los derechos adquiridos.

Teniendo como referente los conceptos elaborados en el anterior capítulo sobre los conceptos de seguridad social, derechos sociales, estado social de derecho y el marco normativo legal y constitucional de la Seguridad Social en el entendido de que se trata de un derecho inherente a la persona humana como lo consagra la normatividad interna, se hará la aproximación al Sistema General de Pensiones en Colombia y dentro de este al régimen de transición de la pensión de vejez, para evidenciar si frente a esta figura se presenta o no un precedente judicial o un precedente constitucional, al consagrarse como un derecho adquirido, permaneciendo la inquietud de si resulta temerosa y amenazante la existencia de un precedente frente a la libertad del juez y la seguridad jurídica del Sistema General de Seguridad Social.

Como se anotaba anteriormente, con la Carta Política de 1991 la estructura jurídica en Colombia tiene como fundamento la aplicación imperativa de la ley

enmarcada en la expresión de los derechos fundamentales, concepto en el que han concurrido el legislador, las Cortes, los doctrinantes, la sociedad y la academia tratando de verter en ellos diferentes intereses, políticos, económicos y sociales.

Por esta razón obviamente estará en constante redefinición el concepto sobre los derechos fundamentales, lo que en concepto de quien escribe no generaría gran incertidumbre, en principio, si dichos “consensos” se evidenciaran en los diferentes fallos de nuestra jurisdicción, constitucional u ordinaria, produciendo certeza frente a la seguridad jurídica y al principio de la buena fe. Pero además, porque es muy importante la existencia de la jurisprudencia. Ya la Corte Constitucional lo ha expresado claramente, mediante la sentencia SU- 047 de 1999 afirmando que:

En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades.(SU-047 de 1999)

En lo posible usuarias(os) y estudiosas(os) de la seguridad social en Colombia anhelan en temas como el que se aborda en este escrito, que esos mínimos consensos

brinden confianza legítima, como lo advierte la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-252 de 2001 señalando

(...) Los objetivos de la unificación de la jurisprudencia son “asegurar la efectividad de los derechos y las realización de la justicia material, conferir confianza y credibilidad de la sociedad civil en el Estado, a partir del principio de la buena fe de los jueces, unificar la interpretación razonable, disminuir la arbitrariedad y permitir la estabilidad, otorgar seguridad jurídica, además de llenar el vacío generado por la ausencia de mecanismos tutelares contra providencias judiciales.

La ética como ciencia plantea la necesidad de un órgano judicial activo comprometido con los temas sociales ya que sus fallos tienen impacto social, así lo demuestran fallos en materia pensional como los siguientes: SU-430 de 1998 en que se establece la viabilidad de la acciones de tutela en pensiones, SU-995 DE 1999 mediante la cual se establece las condiciones dignas en que debe recibir el pensionado sus mesadas pensionales y la SU- 120 de 2003 que establece la igualdad en las decisiones frente a los pensionados.

(Bernal, 2005) señala al respecto que los precedentes constitucionales, es decir, las normas adscritas que la Corte Constitucional concreta, se unen a la disposición constitucional en una simbiosis y, por tanto, ésta les transmite su fuerza vinculante, una vez que se ha proferido y mientras no sea modificado por la Corte Constitucional,

el precedente constitucional es la constitución misma. El precedente especifica lo que la constitución establece, y la constitución no establece nada distinto a lo que explícitamente puede leerse en ella y a lo que el precedente especifica.

Para efectos de esta indagación como una aproximación al tema de los precedentes constitucionales o judiciales en el Sistema General de Pensiones, se cita al Profesor Diego López Medina (Abogado) quien afirma que el precedente en Colombia es un sistema relativo que tiene como características el ser parcialmente obligatorio, en esta medida la autonomía judicial es relativa. En los términos de la sentencia C-836 de 2001, el juez está obligado a respetar la fundamentación jurídica que ha servido como base para resolver casos análogos en razón a los derechos, garantías y libertades de orden constitucional, pero puede separarse de este precedente si expone en su carga de argumentación, motivos suficientes y razonables para ello; en esta medida el juez no se siente atado por el precedente vertical ni horizontal, pero en el evento en que quiera separarse de él, tendrá toda la carga de la argumentación.

Ahora bien, se debe obedecer el precedente vertical, es decir, el que la Corte Constitucional ha establecido como los actos de voluntad vertidos en la ratio decidendi de los fallos de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, El Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura máximas Cortes en Colombia. Pero también debe obedecerse el precedente horizontal, que debe garantizar cada juez en razón al principio de igualdad y de fe en la administración de justicia, pues se espera que fallen de la misma manera en casos similares.

Representando los asuntos referidos a la Seguridad Social, específicamente en el Sistema General de Pensiones, como casos particulares donde se hace necesario develar unos mínimos en la interpretación normativa, pues su aplicación dependerá del asunto en discusión.

De esta manera el precedente resulta obligatorio tanto si es el constitucional, es decir, el que obliga a los magistrados de la Corte Constitucional, a los jueces que realizan funciones jurisdiccionales y en su función ordinaria, a los jueces constitucionales, y a todas las demás ramas del poder público como el ejecutivo y el legislativo, como si es el precedente legal, el ejercido por cada juez de la República en el giro ordinario de sus funciones.

El precedente constitucional en los términos de la Corte Constitucional en la sentencia T 249 de 2003 se ha definido como:

La ratio corresponde, pues, a la norma que aplica el juez en el caso concreto y que esta norma **comprende los hechos determinantes del caso o la situación fáctica relevante, pues tales hechos** son los que concretan la norma y permiten una exigencia de igualdad de trato. (negrilla fuera de texto) (T-249 – 2003)

(Bernal, 2005) relaciona el precedente como:

(...) una parte de toda sentencia de la Corte Constitucional, en donde se concreta el alcance de una disposición constitucional, es decir, en donde se explicita qué es aquello que la Constitución prohíbe, permite, ordena o habilita para un tipo concreto de supuesto de hecho, a partir de una de sus indeterminadas y lapidarias cláusulas.

Los precedentes (...) son normas adscritas a las disposiciones constitucionales que valen para casos muy específicos y que, una vez decididos por la Corte Constitucional, deben aplicarse por esta misma –precedente horizontal- y por los demás jueces de tutela –precedente vertical- por haber sido decididos –*stare decisis*- por el máximo tribunal.(p 151-168)

El precedente es aquella parte de la sentencia que constituye el fundamento jurídico de la decisión, que se convierte en fuente de derecho y recibe el nombre de *ratio decidendi* para diferenciarla de la *obiter dictum*. Mientras la primera contiene el precedente, la segunda no es obligante. En palabras de Carlos Bernal “es la *ratio decidendi* y no los *obiter dicta*, la parte de la motivación de la sentencia que genera efectos vinculantes. Ello es así porque sólo esta parte tiene el carácter de norma adscrita, es decir, tiene tinte normativo” (Bernal 2005 p. 177)”.

Frente al Sistema General de Pensiones en tratándose del régimen de transición como un derecho adquirido, sí se ha cumplido el precedente constitucional y, o, el precedente legal? Si se ha respetado el precedente vertical y el horizontal? Lo dicho

en sentencias de constitucionalidad por la Corte Constitucional han sido fallos de obligatorio acatamiento por la Corte Suprema de Justicia o por Consejo de Estado? Han fallado en casos similares, desde el punto de vista de los presupuestos normativos, los jueces ordinarios? Cuándo la Corte Suprema de Justicia se ha separado del concepto obligatorio de la Corte Constitucional, o el juez ordinario de este o de aquella, ha establecido expresamente los criterios por los cuales se aparta del precedente constitucional o legal? Eventualmente se estarían vulnerando derechos constitucionales, o incluso, fundamentales? Lo que opera realmente, es la autonomía del juez en el llamado por el Profesor Diego López nuestro Sistema Relativo de precedentes?.

Si bien, en relación con los derechos sociales se ha dicho que ellos son derechos de segunda generación o derechos de carácter prestacional, en el presente trabajo se abordan los Derechos Sociales en el marco de un Estado Social de Derecho, lo cual y dicho sea de paso, se diferencia de la concepción de derechos sociales que se pregonaban tanto en un Estado Socialista como en un Estado Liberal de Derecho que lo único que lograban era distanciar el Estado de la sociedad; por el contrario, el concepto y contenido de los Derechos Sociales en el marco de un Estado Social de Derecho, procuran la unión del Estado y la sociedad, para con ello poder proveer a cada uno de los miembros de la misma, los medios mínimos necesarios para garantizar su existencia, para que así puedan llevar a cabo el ejercicio de sus libertades.

El término Necesidad, en el concepto de derechos sociales en el marco de un estado social de derecho se convierte en eje central, para poder pasar de hablar de derechos sociales simplemente y poder hablar ahora de derechos sociales fundamentales; de allí que el término Necesidad deba ser el baremo que mida valga la redundancia, qué necesidades son indispensables para que una persona pueda garantizar su existencia digna y ejercer su libertad.

(Bernal, 2005) simplifica esta idea en las siguientes palabras:

(...) la situación de carencia de los bienes indispensables para subsistir y para ejercer las libertades en que se encuentran vastos sectores de la población de los Estados, es un hecho de relevancia social. Ninguna sociedad que pretenda buscar la justicia puede dejar la satisfacción de las necesidades básicas, que comienzan por la alimentación, a los resultados del azar económico. (p.297)

Si la libertad es un derecho fundamental, los derechos sociales se deben volver fundamentales en virtud de que ellos propician la libertad, pues la satisfacción de los bienes materiales mínimos que proporcionen vivir en condiciones dignas, es un presupuesto básico para la realización real de los derechos fundamentales.

De allí, que se diga que la satisfacción mínima de necesidades básicas y la vida digna, deben caminar de la mano en el Estado Colombiano, más cuando el mismo se

supone que se ha constituido como Estado Social de Derecho y fundamentado entre otras, en el respeto de la dignidad humana.

Por tanto, deben ser llamados derechos sociales fundamentales aquellos derechos inmersos en la seguridad social, cuando los mismos tienen que ver con la práctica de la libertad en condiciones dignas de satisfacción de necesidades básicas.

La misma Corte Constitucional señala lo siguiente:

En primer lugar, es necesario advertir que los derechos económicos (Arango, 2005) sociales y culturales (...) .La razón de ser de tales derechos está en el hecho de que su mínima satisfacción es una condición indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. Dicho de otra forma: sin la satisfacción de unas condiciones mínimas de existencia, o en términos del artículo primero de la Constitución, sin el respeto "de la dignidad humana" en cuanto a sus condiciones materiales de existencia, toda pretensión de efectividad de los derechos clásicos de libertad e igualdad formal consagrados en la Carta, se reducirá a un mero e inocuo formalismo. (...) Sin la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos son una mascarada... (T-406 -1992)”

Se pretende pues, llegar a un concepto de derechos sociales fundamentales que provenga de la clasificación que hacen algunos autores (Arango, 2005) de los derechos fundamentales en derechos de defensa y en derechos de prestación, a los primeros pertenecen sólo aquellos derechos de estirpe clásica liberal, o sea, los derechos de acción negativa o de omisión por parte del Estado, donde se limita la acción del Estado para asegurar la libertad.

Los segundos por el contrario, “requieren una acción positiva del Estado, que asegure la participación del ciudadano en prestaciones fácticas, por ejemplo el mínimo vital” (Arango, 2005).

(Arango, 2005) desde una interpretación sistemática, hace referencia a la tesis de los derechos fundamentales, en sentido de que son también derechos de prestación y no solamente de defensa, pues para él, las acciones positivas fácticas del Estado son necesarias para garantizar incluso las libertades o derechos de defensa.

Como se anotaba en el capítulo correspondiente, en relación al marco conceptual frente a los Derechos Sociales en el marco de un Estado Social de Derecho, debe entenderse como derechos sociales fundamentales cuando, tengan que ver con la satisfacción mínima de necesidades, requerida para llevar una vida digna y un real ejercicio de las libertades constitucionales, como en este evento lo es el reconocimiento oportuno de la pensión de vejez.

Lo anterior, sin perjuicio que se continúe exigiendo que los derechos de la seguridad social deben ser aplicados como derechos inalienables del ser humano, por lo tanto autónomos sin ninguna restricción tal como lo expresa el Código Ibero Americano de Seguridad Social, ya suficientemente relacionado.

La unión de estos dos conceptos a los cuales se les ha dado un marco conceptual, en el campo de la seguridad social y más específicamente en el campo pensional, lleva a que, por un lado las autoridades públicas encargadas de aplicar las normas de la seguridad social entre ellas las relativas al régimen de transición, acojan las interpretaciones y líneas jurisprudenciales que por vía de autoridad ha creado la Corte Constitucional como intérprete supremo de la carta magna, y que así mismo, las autoridades tengan en cuenta que la pensión se convierte en un derecho social fundamental más cuando es el medio que garantiza la satisfacción de las necesidades básicas de subsistencia, que proporcionan el verdadero ejercicio de las libertades y la vida en condiciones dignas.

Durante la vigencia de este artículo 36 de la ley 100 de 1993, modificado a su vez por el artículo 18 de la ley 797 de 2003, por el artículo 4 de la ley 860 de 2003 y hoy por el artículo transitorio 4 del acto legislativo 01 de 2005, no se terminan de resolver inquietudes fundamentales sobre el derecho pensional de manera unificada por nuestras altas Cortes, entre ellas las siguientes:

¿Se requiere de una vinculación laboral o de una afiliación para ser beneficiarios del régimen de transición?

¿Cuáles son las demás condiciones respetadas o aplicadas en virtud de esta ley?

¿Cuál es el ingreso base de liquidación, es decir sobre que base se liquida el monto de una pensión del régimen de transición?, ¿Sobre el inciso tercero del artículo 36?, ¿Sobre lo dispuesto en el artículo 21 de la ley 100 de 1993?, ¿Sobre el ingreso base de liquidación dispuesto en cada régimen, esto es en términos generales la ley 33 de 1985 y el decreto 758 de 1990? Y en éste último caso entonces, ¿se equivocó la corte constitucional cuando mediante la sentencia C-168 de 1995 retiró del ordenamiento jurídico esta última disposición?

¿Cuáles son las reglas vigentes para conservar el derecho al régimen de transición, una vez existe traslado de régimen?

Para efectos de la aplicación del párrafo único de este artículo 36, ¿se computan todos los tiempos de servicios y de semanas de cotización independientemente del régimen de transición que se invoque?

Se considera que en parte estas inquietudes se resolverían de manera más equitativa e igualitaria para afiliadas y afiliados al Sistema General de Pensiones en Colombia, partiendo de la definición unificada del régimen de transición como un derecho adquirido.

Quiso el legislador colombiano con esta disposición, ir más allá de la protección de los derechos adquiridos para salvaguardar meras expectativas o expectativas legítimas como en innumerables ocasiones lo ha determinado la Corte Constitucional a lo largo de diez y ocho (18) años de vigencia del Sistema General de Pensiones. Representando este, uno de los temas de mayor complejidad interpretativa, ya que no ha sido uniforme la posición de la Corte Constitucional en cuanto a considerar, si el régimen de transición comporta una mera expectativa como lo sostuvo en la sentencia C-596 de 1997, o si se trata de una expectativa legítima como lo sostuvo en la sentencia C-789 de 2002, o si se trata de un derecho adquirido como lo sostuvo en la sentencia C-754 de 2004; Dificultad que tendrá que resolverse además en vigencia del acto legislativo 01 de 2005 que limita el reconocimiento del régimen de transición al 31 de julio de 2010, analizando si se encuentra ajustado a la constitución de 1991 y a los tratados internacionales ratificados por Colombia, en virtud al bloque de constitucionalidad, especialmente los convenios de la OIT 87, 98,151 y 154 . Teniendo en cuenta que hasta el momento, la Corte Constitucional ha emitido 12 pronunciamientos inhibitorios frente al tema.(C-181,C-472,C-740,C-986 de 2006, C-153,C-178,C180,C- 216,C-277,C-292,C-317 de 2007).

2. Definición Normativa:

La transición que contempla el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con los artículos 11,36, 146, 272,273, y 289 del mismo estatuto busca mantener y respetar la vigencia de derechos adquiridos conforme a normas anteriores, sean estas de categoría igual a la ley o de pactos o convenciones colectivas de trabajo

En dicho articulado se comprende el denominado régimen de transición pensional que da derecho a quienes al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, esto es, el 1 de abril de 1994 tratándose de trabajadores del sector privado, afiliados al Seguro Social o de servidores públicos del orden nacional, o el 30 de junio de 1995 tratándose de servidores públicos vinculados a entidades del orden territorial (Decretos 692 de 1994 y 1068 de 1995) que tuvieran, mujeres 35 años o más de edad, hombres 40 años o más de edad, o cualquiera de los dos 15 o más años de servicios o de cotización, adquirieran su pensión de vejez de conformidad con la normatividad anterior a la vigencia de la ley 100 de 1993, respetándoles tres condiciones de esos regímenes: la edad, el tiempo de servicios o las semanas de cotización, y el monto de la pensión del respectivo régimen anterior.

El Régimen de Transición fue consagrado, en principio como una forma de garantizar que quienes se encontraban ad portas de adquirir su pensión de vejez conservaran las condiciones establecidas en disposiciones anteriores en los siguientes términos:

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas 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 registrarán por las disposiciones contenidas en la presente Ley (...)", aparte que fue demandado por inconstitucionalidad y que produjo el fallo (C-596 de 1997).

(...) El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos (...)", aparte que fue demandado por inconstitucionalidad y que produjo el fallo C-168 de 1995.

(...) Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas

voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida (...)” Incisos que fueron demandados por inconstitucionalidad de acuerdo a la sentencia (C-168 de 1995 y C-789 de 2002).

Frente al régimen de transición habrá de responderse siempre a dos preguntas: ¿cuáles son las condiciones para ser beneficiario del régimen de transición? Y la respuesta estará en que se acrediten cualquiera de dos condiciones al 1 de abril de 1994 o al 30 de junio de 1995, contar con 35 o 40 años de edad mujeres y hombres respectivamente, o contar con 15 o más años de servicios o de cotización, para lo cual es concepto de quien escribe, se computarán todos los tiempos de servicios y de semanas cotizadas en cumplimiento de lo dispuesto en el literal del artículo 13 de la ley 100 de 1993, independientemente del régimen que se aplique al momento del reconocimiento de la respectiva pensión de vejez.

La segunda pregunta será: ¿cuál es “mi” régimen de transición? ¿Cuál es la norma que debo invocar para acreditar el cumplimiento de los requisitos para la obtención de la pensión de vejez?

Para dar respuesta a esta última pregunta se tendrá presente que el régimen de transición comporta el reconocimiento de pensiones cuya fuente normativa puede estar contenida en una disposición de origen estatal o consensual.

Las fuentes de origen estatal que subsisten como regímenes generales pensionales en Colombia tanto en el sector privado como en el sector público, en el marco de las Leyes 100 de 1993, modificada por las leyes 797 y 860 de 2003 son: la Ley 6 de 1945, el Código Sustantivo del Trabajo, la Ley 33 de 1985 y la Ley 71 de 1988, así como los decretos 758 de 1990 y 3135 de 1968. También los acuerdos municipales y ordenanzas departamentales, de conformidad con el artículo 146 de la Ley 100 de 1993.

2.1. Fuentes de origen consensual:

De origen consensual se encuentran las convenciones y los pactos colectivos de trabajo, los contratos de trabajo y los actos unilaterales de los empleadores. Con las restricciones hoy impuestas por el acto legislativo 01 de 2005 a partir de su vigencia (diario oficial 45.980 del 25 de julio de 2005), que al respecto consagra:

Parágrafo segundo. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse 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.

Parágrafo transitorio tercero. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, **se mantendrán por el término inicialmente estipulado.** (negritas fuera de texto)

Redacción confusa de la norma constitucional, pues ha de entenderse de manera favorable su lectura frente a que “-El “término inicialmente estipulado” hace alusión al que las partes celebrantes de un convenio colectivo expresamente hayan pactado como el de la duración del mismo, de manera que si ese término estaba en curso al momento de entrada en vigencia del acto legislativo, esto es 25 de julio de 2005, ese convenio colectivo regiría hasta cuando finalizara el “término inicialmente pactado”. Ocurrido esto, el convenio pierde totalmente su vigencia en cuanto a materia pensional se refiere y no podrán las partes ni los árbitros disponer sobre dicha materia en un conflicto colectivo económico posterior.

En esta situación se puede generar:

1. Que la denuncien ambas partes.
- 2.- Que ninguna de las partes la denuncie.
- 3.- Que sólo la denuncie el empleador.
- 4.- Que sólo la denuncie el sindicato o los sindicatos.

En todo caso formulada la denuncia de la convención colectiva, ésta continuará vigente hasta tanto se firme una nueva convención.

Si ninguna de las partes denuncia:

Si dentro de los 60 días inmediatamente anteriores a la expiración de su término las partes o una de ellas no manifiesta por escrito su expresa voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por períodos sucesivos de 6 en 6 meses, que se contarán desde la fecha señalada para su terminación.

Si sólo denuncia el empleador al no ser titular del conflicto, es como si ninguna de las partes la hubiera denunciado, produciéndose así la prórroga automática del convenio colectivo de trabajo.

En cuanto a la celebración de nuevas convenciones o pactos colectivos:

En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. **En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.** (Negrillas fuera del texto)

Pese a ello, algunos apartes de la norma generan inquietudes:

¿La expresión “en todo caso” es sólo para los acuerdos celebrados con posterioridad a la vigencia del acto legislativo; o, abarca también la primera parte del párrafo?; ¿La hipótesis de la prórroga no está consagrada? De ser así, ¿se deberá acudir al C.S.T.? .

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia mediante radicado 3100 de 2007 estableció los siguientes parámetros de interpretación frente a los regímenes convencionales:

Pero no siempre las previsiones del artículo 11 de la Ley 100 de 1993, en cuanto procuraba la armonización y complementación de los sistemas legales y extralegales de pensiones, trajeron los frutos esperados, pues todavía seguían subsistiendo y en cantidades preocupantes los segundos, además de que las partes, a través del mecanismo de la autocomposición, igualmente seguían implementando sistemas pensionales que desbordaban las expectativas creadas por la nueva legislación.

“Se llega, entonces, al Acto Legislativo No. 1 de 2005 para procurar remediar esa situación”.

(...) ese término estaba en curso al momento de entrada en vigencia del acto legislativo, ese convenio colectivo regiría hasta cuando finalizara el “término inicialmente pactado”.

(...) En el caso en que al momento de entrada en vigencia del Acto Legislativo un convenio colectivo estaba vigente por virtud de la figura de la prórroga automática.

(...) Cuando la convención colectiva de trabajo a la entrada en vigencia del acto legislativo se encuentra surtiendo efectos por virtud de la denuncia de la convención colectiva de trabajo y la iniciación posterior del conflicto colectivo de trabajo que no ha tenido solución.

En las dos últimas situaciones, debe advertirse que la convención sigue vigente por ministerio de la ley y no por voluntad de las partes”. En estos casos, de conformidad con el parágrafo 3º transitorio, las disposiciones convencionales en materia de pensiones continúan su observancia hasta el 31 de julio de 2010 y no pueden las partes ni los árbitros, entre la vigencia del acto legislativo y el 31 de julio de 2010, pactar o disponer condiciones más favorables a las que están en vigor a la fecha en que entró a regir el acto legislativo.

Quiere decir lo anterior, que por voluntad del constituyente delegado, las disposiciones convencionales en materia de pensión de jubilación que se encontraban rigiendo a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005, mantendrán su curso máximo hasta el 31 de julio de 2010, lo que indica que ni las partes ni los

árbitros pueden regular condiciones más benéficas a las estipuladas, pues la voluntad superior les ha prohibido expresamente tratar ese punto.

Posición reiterada en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicado 29907 del 3 de abril de 2008 cuando afirma que “Del texto citado se desprende que las que perderán vigor el 31 de julio de 2010 serán las *“reglas de carácter pensional que rigen a la vigencia de este acto legislativo”*, pero, como es obvio concluir, no los derechos que se hubieren causado antes de esa fecha, al amparo de esas reglas pensionales.

De nuevo se cuenta con opciones de interpretación para el reconocimiento de un derecho prestacional, no ya de cara a las disposiciones legales sino de la misma Carta Política que presenta tensiones entre los artículos 48 y 53, 48 y 25 con el riesgo de hacer nugatorios derechos fundamentales como el que representa el derecho pensional en Colombia:

Al respecto es importante tener presente las observaciones de la Organización Internacional del Trabajo, en el análisis del caso 2434:

La Comisión observa que en sus conclusiones, el Comité consideró que en cuanto a las convenciones celebradas con anterioridad a la entrada en vigor de la legislación, las cuales perderán su vigencia a partir del año 2010 en virtud del acto legislativo, ello puede implicar en determinados casos una modificación unilateral del contenido de

los convenios colectivos firmados, lo cual es contrario a los principios de la negociación colectiva así como al principio de los derechos adquiridos por las partes y pidió al Gobierno que adopte las medidas necesarias a fin de que los convenios colectivos que contienen cláusulas sobre pensiones, cuya vigencia va más allá del 31 de julio de 2010, mantengan sus efectos hasta su vencimiento.

En lo que respecta a los convenios celebrados después de la entrada en vigor del acto legislativo 01 de 2005, en particular, en relación con la prohibición general de establecer un régimen pensional distinto al establecido en el régimen general de pensiones, el Comité pidió al gobierno colombiano que, con el fin de garantizar la armonía de las relaciones laborales del país, realizara consultas detalladas con las partes interesadas acerca de las jubilaciones y las pensiones, a fin de encontrar una solución aceptable para todas las partes interesadas y de conformidad con los convenios sobre libertad sindical y negociación colectiva ratificados por Colombia, en particular asegurando que las partes en la negociación colectiva puedan mejorar las prestaciones legales sobre pensiones o esquemas de pensiones por mutuo acuerdo.

Que se tenga presente el precedente constitucional establecido en la sentencia C-314 de 2004 mediante la cual se consagran los beneficios establecidos en la convención colectiva como un derecho adquirido.

Que en cumplimiento del artículo 53 de la Carta Política de 1991, en caso de dudas en la interpretación de una norma se aplica la más favorable para el empleado, en este

caso determinará que se respete el plaza o vigencia del acuerdo inicialmente pactado como un derecho adquirido y que además al no considerarse la prórroga en el mismo acto legislativo se apliquen las normas respectivas del Código Sustantivo del trabajo.

Planteamientos de orden constitucional que deberán seguir operadores jurídicos, tanto administrativos como judiciales.

2.2. Fuentes de origen legal:

2.2.1 En el sector privado

De origen legal en el sistema anterior a la vigencia de la ley 100 de 1993 para el sector privado, regía el artículo 260 del código sustantivo del trabajo que establecía como requisitos para obtener la pensión de vejez el cumplir con las edades mínimas de 50 y 55 años de edad para mujeres y hombres respectivamente, y 20 años de servicios con el mismo empleador, obteniendo una pensión equivalente al 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios. Para los afiliados al ISS los requisitos se encontraban contenidos en el decreto 758 de 1990, aprobatorio del acuerdo del ISS 090 de 1990, que exigía como edad para las mujeres y los hombres 55 y 60 respectivamente, y quinientas (500) semanas cotizadas al ISS en los veinte (20) años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o 1000 semanas en cualquier tiempo. Requisitos que una vez cumplidos permitían la obtención de la pensión de vejez con un monto de un 45% por las primeras 500 semanas hasta llegar a un monto máximo del 90%, por más de 1250 semanas cotizadas.

2.2.2. En el sector público:

Se describirá el régimen de transición del sector público, como un sistema pensional general, es decir, no se abordará lo correspondiente a los regímenes especiales ni exceptuados contemplados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993.

Para ello es necesario ubicarse en la clasificación de los servidores públicos, que comprende la categoría de empleados públicos y trabajadores oficiales. Siendo los empleados públicos funcionarios de período fijo, de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa, también los temporales y provisionales quienes se vinculan al estado en forma legal y reglamentaria, es decir, mediante un nombramiento y una posesión y los trabajadores oficiales quienes de conformidad con el artículo 5 del decreto 3135 de 1968 se dedican a la construcción, mejora y sostenimiento de obras públicas o quienes laboran en las empresas industriales y comerciales del Estado con mayoritario capital público, quienes se vinculan al estado mediante un contrato de trabajo.

Quienes se vinculan a través de una relación legal y reglamentaria no tienen posibilidades, en principio, de negociar sus condiciones salariales y prestacionales, los trabajadores oficiales tendrán que hacerlo a través de la asociación sindical a la que se encuentren afiliados. La afirmación en principio, tiene como sustento la sentencia C-401 de 2005 donde la Corte Constitucional indica que los empleados públicos pueden presentar peticiones respetuosas a la Administración Pública con el fin de mejorar sus condiciones salariales y prestacionales.

El régimen de transición pensional general para los empleados públicos y trabajadores oficiales es el contenido en las leyes 33 de 1985 y 71 de 1988.

Las mujeres y los hombres que al 1 de abril de 1994 o al 30 de junio de 1995, fechas en las cuales entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, tuvieran 35 o 40 años de edad, respectivamente, o cualquiera de los dos, 15 o más años de servicios o cotización son beneficiarios del régimen de transición y tienen derecho a pensionarse de conformidad con cualquiera de estas normas antes descritas. ¿Ahora bien, cuál es el respectivo régimen de transición?

Para el momento de entrada en vigencia el Sistema General de Pensiones, la norma general que regía en el sector público en materia pensional era la Ley 33 de 1985 que consagraba:

ARTICULO 1o. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

O sea que todos los servidores públicos en Colombia se pensionaban con 55 años de edad y 20 años de servicios con el Estado, antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y, lo harían con posterioridad a ella, quienes fueran beneficiarios del régimen de transición de conformidad los presupuestos del artículo 36 de la ley 100 de 1993, ya descrito.

A su vez, este artículo 1 de la Ley 33 de 1985 estableció un régimen de transición de la siguiente manera:

PARAGRAFO 2o. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

O sea que quienes fueran beneficiarios del régimen de transición, en virtud del artículo 36 de la ley 100 de 1993, pero a su vez, tuvieran más de quince (15) años de servicios con entidades estatales al momento de entrar en vigencia la Ley 33 de 1985, esto es, en términos de la sentencia C 832 de 2006, el 13 de febrero de 1985 , tendrían

derecho a adquirir su pensión de vejez de conformidad con la normatividad anterior, esto es, de conformidad con la Ley 6 de 1945 o con el decreto 3135 de 1968.

La Ley 6 de 1945 en su artículo 17 literal b) estableció:

Pensión vitalicia de jubilación. Cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, tendrá derecho a una pensión equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados.

A su vez, el artículo 27 del decreto 3135 de 1968 reguló:

El empleado público o trabajador oficial que sirva 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75 por ciento del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.

A la par con la Ley 33 de 1985, para el momento de entrar en vigencia la ley 100 de 1993, venía rigiendo la Ley 71 de 1988 denominada “Ley de aportes” que en su artículo 7 consagró: “A partir de la vigencia de la presente Ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) 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 los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón, y cincuenta y cinco (55) años o mas de edad si es mujer”.

Con esta ley en Colombia por primera vez, se consagra la posibilidad de computar semanas de cotización del ISS con semanas de cotización del sector público de cualquier orden para cumplir requisitos para la obtención de la pensión de vejez.

El artículo 36 de la ley 100 de 1993, aplicado en Colombia como régimen de transición pensional de esta manera, ha sido modificado en varias oportunidades, por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003 y por el artículo 4° de la Ley 860 de 2003; disposiciones retiradas del ordenamiento jurídico mediante las sentencias de Constitucionalidad 1056 y 734 de 2004, respectivamente; además de la reforma que introdujo a todo el Sistema General de Pensiones el Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política.

El artículo 18 de la ley 797 de 2003 dispuso que:

ARTÍCULO 18. Se modifica el inciso segundo, se modifica el inciso quinto y se adiciona el parágrafo 2o. del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así:

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 artículo 34 de esta ley, aplicables a estas personas, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida, con excepción de aquellos afiliados que a 1o. de abril de 1994 tenían 15 o más años de servicios prestados o semanas cotizadas, caso en el cual podrán pensionarse con el régimen anterior cuando cumplan los requisitos exigidos para tener derecho a la pensión de vejez, siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos:

a) Que se trasladen al fondo común de naturaleza pública del ISS, el capital ahorrado en su cuenta individual de conformidad con las normas previstas por la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios;

b) Que el capital ahorrado en la cuenta individual, descontado el bono pensional, no sea inferior al monto de las cotizaciones correspondientes en caso que hubieran permanecido en el régimen de prima media administrado por el ISS.

Para quienes el 1o. de abril de 1994 tenían 15 años de servicios prestados o semanas cotizadas y se hubieren trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, el monto de la pensión vejez se calculará de acuerdo con lo establecido en la Ley 100 de 1993 para el régimen de ahorro individual con solidaridad.

PARÁGRAFO 2o. Para los efectos de la presente ley se respetarán y garantizarán integralmente los derechos adquiridos a quienes hoy tienen la calidad de pensionados de jubilación, vejez, invalidez, sustitución y sobrevivencia en los diferentes órdenes, sectores y regímenes, así como a quienes han cumplido ya con los requisitos exigidos por la ley para adquirir la pensión, pero no se les ha reconocido.

Es decir ,que para las mujeres y los hombres beneficiarios del régimen de transición que contaban a la entrada en vigencia el SGP con 35 o 40 años de edad, respectivamente o con 15 o más años de servicios o de cotización, del régimen anterior sólo se le respetaría la edad, en cuanto a las semanas de cotización se aplicaría lo dispuesto en el artículo 33, esto es, 1000 semanas de cotización que se

incrementarán cada año a partir del 2005, en 50 semanas y a partir del 2006 en 25 semanas cada año hasta llegar en el 2014 a un mínimo de 1300 semanas cotizadas, el monto de la pensión se calcularía entre un 65% y un 85% para lo cual además se aplicaría la fórmula restrictiva del artículo 34.

Esta disposición que fue retirada del ordenamiento jurídico mediante la sentencia C-1056 de 2003 durante su vigencia consolidó el derecho a adquirir la pensión de vejez de manera muy favorable para los servidores públicos, pues se les permitió sumar para estos efectos todos los tiempos de servicios y semanas de cotización, lo que mejoró el monto de sus pensiones de vejez.

Con el fin de contribuir al análisis de este artículo se afirmará que a un servidor público que contaba con los veinte años de servicios y adicionalmente con semanas de cotización al ISS o a cualquier caja, fondo o entidad de previsión social al poder computarlas todas, conservando la edad establecida en la ley 33 de 1985, los 55 años, logró una pensión superior al 75%, que en muchos casos llegó hasta el monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación establecido en la ley 100 de 1993. por el contrario, los efectos para los beneficiarios del régimen de transición del sector privado o afiliados al ISS resultó fatal, pues de 500 semanas cotizadas al ISS que debían acreditar en los veinte años anteriores al cumplimiento de su edad mínima, pasaron automáticamente a 1000 semanas. Norma que de esta manera produjo todos los efectos jurídicos desde el 29 de enero de 2003 hasta el 11 de noviembre de 2003.

A partir de su inexecutable por vicios de forma revive el artículo 36 de la ley 100 de 1993, respetando de nuevo a sus beneficiarios la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión establecidas en el régimen anterior de conformidad con lo ya señalado.

Disposición aplicable hasta la expedición el 29 de diciembre de 2003 de la ley 860 de 2003 que en su artículo 4 dispuso:

ARTÍCULO 4. A partir de la vigencia de la presente ley, modifíquese el inciso segundo y adiciónese el parágrafo 2o del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, del Sistema General de Pensiones.

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 vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez, de las personas que el 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.

PARÁGRAFO 2o. Para los efectos de la presente ley, se respetarán y garantizarán integralmente los derechos adquiridos a quienes tienen la calidad de pensionados de jubilación, vejez, invalidez, sustitución y sobrevivencia en los diferentes órdenes, sectores y regímenes, así como a quienes han cumplido ya con los requisitos exigidos por la ley para adquirir la pensión, pero no se les ha reconocido.

Modificando así, de nuevo, los beneficios del régimen de transición limitando su vigencia al 31 de diciembre de 2007. Disposición sujeta al análisis constitucional mediante la sentencia C-754 de 2004 cuando por vicios de forma y de fondo fue retirada del ordenamiento jurídico, sin alcanzar a producir efectos para los beneficiarios del régimen de transición.

A la fecha de la producción de este trabajo, se aplica de conformidad con lo ya expresado el artículo 36 originario de la ley 100 de 1993, respetando del régimen anterior la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, con las limitaciones impuestas a partir del 1 de agosto de 2010, por el acto legislativo 01 de 2005 que para conservar el régimen de transición hasta el año 2014 exige la acreditación de 750 semanas cotizadas al 25 de julio del 2005, pues al respecto consagra:

ARTÍCULO 1o. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto.

Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho.

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

"Parágrafo transitorio 4o. 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".

El artículo 36 originario de la ley 100 de 1993, como se relacionó anteriormente, ha sido objeto de pronunciamientos de constitucionalidad por la Corte Constitucional, algunos de sus decretos, entre ellos el 813 y el 1160 de 1994 han suscitado pronunciamientos de nulidad por el Consejo de Estado, amén de la aplicación que en la práctica, tanto en la jurisdicción ordinaria como en la administrativa han resuelto situaciones particulares, algunas de las veces sin tener como referente los fallos de la Corte Constitucional.

En este país ninguna norma de las anteriormente reseñadas, desde la primigenia Ley 6 de 1945, que rigió en materia prestacional tanto para el sector público como para el sector privado hasta nuestros días, ha definido expresamente lo que significa un régimen de transición. Las normas pensionales en cada época, han definido las condiciones de edad, de tiempo de servicios o de semanas de cotización que debe

reunir una persona para que se le aplique la normatividad inmediatamente anterior, que resulta siendo más favorable que una norma posterior⁴.

Contraponiéndose así a la prohibición de la ultractividad de la Ley, y permitiendo la supervivencia de normas especiales favorables, preexistentes a una nueva ley de carácter general.

Sin embargo, acudiendo a la interpretación teleológica de dicha normatividad y partiendo de su finalidad, se puede decir que para el legislador Colombiano, la figura del régimen de transición es un beneficio reconocido de manera expresa en el ordenamiento jurídico, que consiste en el derecho a conservar unas condiciones para acceder a la pensión de vejez, una vez se han cumplido los requisitos estipulados en el régimen pensional que se invoca al momento de entrar a regir una ley que lo modifica y que resulta ser menos favorable. Comporta la inaplicación de normas erga-omnes, es un derecho irrenunciable e indisponible por las partes. Naturaleza jurídica que establece una relación directa con los principios mínimos fundamentales de la condición más beneficiosa y de favorabilidad consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política, aplicados al sistema de seguridad social por expresa disposición del artículo 272 de la ley 100 de 1993; axioma que debe ser principio

⁴ Artículo 1 de la Ley 33 de 1985 en su parágrafo 2 y artículo 36 de la Ley 100 de 1993 han establecido regímenes de transición en materia pensional, de manera descriptiva, estableciendo algunos requisitos para que los beneficiarios de las respectivas leyes pudieran acceder a la pensión de vejez, con el lleno de los requisitos estipulados en normas anteriores a ellas, pero sin ahondar en la naturaleza o características de dicha figura jurídica.

orientador de todos los operadores jurídicos, especialmente en criterio de quien escribe, de la rama judicial.

2.2.3. Decretos reglamentarios del régimen de transición pensional:

En ejercicio de la facultad que tiene el Gobierno Nacional, ha expedido algunas reglamentaciones de este artículo que han contribuido con la problematización del régimen de transición, provocando en el Sistema General Pensional entre otras dificultades, las que tienen que ver con aspectos relacionados con la afiliación para entenderse beneficiario del régimen de transición, con la entidad que debe reconocer y pagar la pensión de vejez, es decir, si debe ser el último empleador o la Entidad Administradora, con los traslados de régimen, con las afiliaciones múltiples a varias Administradoras de Fondos de Pensiones, entre otros.

Los decretos que se han referido al régimen de transición pensional son: 691, 813, 1158, 1160, 1161 de 1994, 1068 y 2143 de 1995, 2527 de 2000, 1730 y 2463 de 2001, 3800 y 510 de 2003 y el 3995 de 2008.

2.2.4. Texto actual del Régimen de Transición en materia pensional en Colombia:

Luego de los agitados cambios a los que se ha visto sometido el artículo 36 de la ley 100 de 1993 conviene para efectos de tener una mejor comprensión de su contenido y alcance normativo, transcribir el texto legal que en la actualidad se

encuentra vigente en nuestro ordenamiento jurídico. De esta manera, eliminando los apartes declarados inexecutable, efectuando las salvedades a los declarados condicionalmente executable y teniendo en cuenta que los intentos del legislador por reformar la norma en comentario han fracasado, el texto es el siguiente:

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

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

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el

tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen. <Inciso CONDICIONALMENTE exequible> "siempre y cuando se entienda que estas disposiciones no se aplican a quienes habían cumplido quince (15) años o más de servicios cotizados, al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones de la Ley 100 de 1993, Con todo, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona⁵".

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida. <Inciso CONDICIONALMENTE

⁵ Este condicionamiento fue realizado por la Corte Constitucional en Sentencia C-789 del 24 de septiembre de 2002, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil

exequible> ‘‘En el entendido que el régimen de transición se aplica a quienes, estando en el régimen de prima media con prestación definida, se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, habiendo cumplido el requisito de quince (15) años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, y decidan regresar al régimen de prima media con prestación definida, siempre y cuando: a) trasladen a éste todo el ahorro que efectuaron al régimen de ahorro individual con solidaridad; y b) dicho ahorro no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media. En tal caso, el tiempo trabajado les será computado en el régimen de prima media⁶’’

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos.

PARAGRAFO: Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero del presente artículo se tendrá en

⁶ ibid.

cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, Fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio”.

Artículo complementado con el acto legislativo 01 de 2005, como ya se analizó.

3. Evolución Jurisprudencial:

El artículo 36 de la ley 100 de 1993 contentivo del régimen de transición pensional en Colombia, ha sido objeto de múltiples interpretaciones por parte de las Altas Cortes de Justicia; en vigencia de éste ha sido considerado como una mera expectativa, como una expectativa legítima y como un derecho adquirido. Asunto de trascendencia suma ya que de estas definiciones ha perdido el derecho fundamental al reconocimiento y pago de las pensiones de miles de colombianas y colombianos, que en razón a ello han visto fenecer su derecho pensional, aplicándose de esta manera en forma desigual un derecho para los iguales, pues el enunciado del inciso segundo de este artículo ordenó que tanto mujeres como hombres de 35 y 40 años de edad respectivamente, como cualquiera de los dos con 15 o más años de servicios o de cotización, por el cumplimiento simplemente de cualquiera de estas dos condiciones, serían beneficiarios del régimen de transición.

3.1. La Corte Constitucional

A raíz de las múltiples demandas presentadas en relación con los tránsitos legislativos efectuados en nuestra legislación, la Corte Constitucional Colombiana se ha pronunciado profusamente sobre esta temática en su función como salvaguarda de la Constitución Política.

En principio este alto tribunal considera como derechos adquiridos aquellas prerrogativas que confiere el ordenamiento jurídico a una persona, como consecuencia del cumplimiento de las hipótesis de hecho establecidas por la ley; a las cuales les otorga el nombre de situaciones Jurídicas consolidadas cuando estos se presentan en el ámbito del derecho público, lineamientos que es factible apreciar entre otras en las sentencias C-126 de 1995, C-168 de 1995, C-596 de 1997 y la C-604 de 2000.

Mediante la sentencia C-168 de 1995, siguiendo los preceptos del derecho civil ha interpretado la última parte del inciso 3 del artículo 36 que establecía:

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

certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos. (C-168 de 1995)

En este pronunciamiento ha definido el régimen de transición como una mera expectativa de la siguiente manera:

Derechos adquiridos.

El Constituyente de 1991, en forma clara y expresa se refirió a los derechos adquiridos para garantizar su protección, al estatuir en el artículo 58:

Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deber ceder al interés público o social.

Los derechos adquiridos están íntimamente relacionados con la aplicación de la ley en el tiempo, pues una ley posterior no puede tener efectos retroactivos para desconocer las situaciones jurídicas creadas y consolidadas bajo la ley anterior. Sin embargo, nuestra Constitución establece una excepción al principio de la irretroactividad de la ley, al consagrar la favorabilidad de las normas penales, la que dejó estatuida en el artículo 29, así: "En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicar de preferencia a la restrictiva o desfavorable. (C-168 de 1995)

El concepto de derecho adquirido ha sido tema de reflexión de innumerables tratadistas, muy especialmente en el campo del derecho civil, oponiendo esa noción a la de mera expectativa.

Para Louis Josserand decir que la ley debe respetar los derechos adquiridos, es decir que no debe traicionar la confianza que colocamos en ella y que las situaciones creadas, los actos realizados bajo su protección continuarán intactos, ocurra lo que ocurra; fuera de esto, no hay sino simples esperanzas mas o menos fundadas y que el legislador puede destruir a su voluntad. Las simples esperanzas no constituyen derechos, ni eventuales siquiera; corresponden a situaciones de hecho más que a situaciones jurídicas: son intereses que no están jurídicamente protegidos y que se asemejan mucho a los

castillos en el aire: tales como las 'esperanzas' que funda un heredero presunto en el patrimonio de un pariente, cuya sucesión espera ha de corresponderle algún día. En general, las simples expectativas no autorizan a quienes son presa de ellas a realizar actos conservatorios; no son transmisibles; y como ya lo hemos visto, pueden ser destruidas por un cambio de legislación sin que la ley que las disipe pueda ser tachada de retroactividad. (Josserand, s.a. p.77)

Los hermanos Mazeaud encuentran justificada la diferenciación hecha por la doctrina clásica entre derecho adquirido y expectativa. Para ellos, es derecho adquirido aquel "que ha entrado definitivamente en un patrimonio, o una situación jurídica creada definitivamente" y, expectativa, "es una esperanza no realizada todavía"; por tanto, "los derechos adquiridos deben ser protegidos, incluso contra una ley nueva: ésta no podría privar de un derecho a las personas que están definitivamente investidas del mismo, a la inversa, las simples expectativas ceden ante la ley nueva, que puede atentar contra ellas y dejarlas sin efecto", y consideran que "la necesidad de seguridad está suficientemente garantizada si el derecho adquirido está amparado, y las simples expectativas deben ceder ante una ley que se supone más justa. (Mazeaud, 1959).

Sobre la discriminación que, según el actor, se crea entre las personas que quedan comprendidas por el precepto demandado frente a las

demás, cobijadas por el régimen anterior, cabe anotar que mal podría considerarse que la situación de las personas que se van acercando por edad o tiempo de servicio a las contempladas en la ley para acceder a la pensión de vejez, es la misma de aquellas que apenas inician una vida laboral, llevan pocos años de servicio o su edad está bastante lejos de la exigida, pues a pesar de que en ambos casos se tienen meras expectativas, las que como tantas veces se ha reiterado, pueden ser reguladas por el legislador a su discreción, sus condiciones, por ser distintas, justifican un trato diferente. Recuérdese que la igualdad formal no es ajena al establecimiento de diferencias en el trato, fincadas en condiciones relevantes que imponen la necesidad de distinguir situaciones para otorgarles tratamientos distintos; esta última hipótesis expresa la conocida regla de justicia que exige tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales en forma desigual.

El aparte final del inciso tercero del artículo 36, objeto de impugnación, en el que si se consagra una discriminación, que la Corte encuentra irrazonable e injustificada, para efectos de la liquidación de la pensión de vejez entre los trabajadores del sector privado, y los del sector público, pues mientras para los primeros se toma como base el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años de servicios, para los segundos, tal promedio se calcula

solamente sobre lo devengado en el último año, desigualdad que contraría el artículo 13 del Estatuto Superior.

En el presente evento se acusan normas generales, impersonales y abstractas que cobijan a todos los habitantes del país, por tanto, como se dejó consignado en párrafos anteriores, no es posible determinar in genere si la nueva legislación contiene disposiciones más benéficas para los trabajadores, frente a los regímenes antes vigentes y, mucho menos cuando se trata de meras expectativas.

Que la norma acusada al referirse a "derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores", está haciendo una distinción entre derechos adquiridos y la "condición más benéfica", es una interpretación errada, pues sólo existe derecho adquirido cuando se han cumplido en su totalidad las hipótesis normativas exigidas para gozar de él. Entonces, mientras no se realicen íntegramente los presupuestos, condiciones o requisitos que la misma norma contempla para adquirir el derecho, mal puede hablarse de "derecho adquirido"; lo que existe es una simple esperanza de alcanzar ese derecho algún día, es decir, una "expectativa", y como se ha reiterado, la Constitución no las protege. Sin embargo, considera la Corte que las 'expectativas' pueden y deben ser objeto de valoración por parte del legislador quien en su

sabiduría, y bajo los parámetros de una anhelada justicia social, debe darles el tratamiento que considere acorde con los fines eminentemente proteccionistas de las normas laborales.

Ahora bien: para garantizar los derechos adquiridos no es necesario que el legislador utilice ese término exacto; bien puede incluir otros, como lo hace en el precepto parcialmente acusado, al enunciar: derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos, que para el caso tienen igual significación. El término "establecidos" conforme a disposiciones anteriores, que contiene la norma demandada, no tiene connotación distinta a la de asegurar que los derechos que se invoquen como adquiridos deben encontrarse consagrados en la ley.

Y en punto a la aplicación del principio de favorabilidad en materia de régimen pensional, considera la Corte que esta es labor que incumbe al juez en cada caso concreto, pues es imposible, en juicios de constitucionalidad, confrontar la norma acusada que es genérica, con cada una de las distintas normas contempladas en los diferentes regímenes pensionales que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 existían en el sector privado y en el público, para establecer cuál resulta más favorable a determinado trabajador.

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

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

No acontece lo mismo con el aparte final del inciso tercero del artículo 36, objeto de impugnación, en el que se consagra una discriminación, que la Corte encuentra irrazonable e injustificada,

para efectos de la liquidación de la pensión de vejez entre los trabajadores del sector privado, y los del sector público, pues mientras para los primeros se toma como base el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años de servicios, para los segundos, tal promedio se calcula solamente sobre lo devengado en el último año, desigualdad que contraría el artículo 13 del Estatuto Superior”.

Crasa equivocación de la Corte Constitucional, partir de la definición de derecho adquirido del derecho civil para resolver un asunto de la seguridad social que el legislador en este aparte sabiamente quiso salvaguardar, al conservar del régimen anterior, por virtud del régimen de transición el monto y el ingreso base de liquidación de las normas anteriores, que al respecto consagraban:

Ley 33 de 1985 “pensión equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”

Decreto 758 de 1990: “...Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y, con aumentos equivalentes a... El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario”.

Interpretación que basada en el código civil y con absoluto desconocimiento de los regímenes pensionales vigentes , tiene atiborrada de demandas a la rama judicial solicitando el ingreso base de liquidación correspondiente a su respectivo régimen, tal como lo dispuso este aparte del artículo 36 de la ley 100 de 1993 retirado del ordenamiento jurídico, sin suficiente soporte normativo, ya que para el momento en que hace el análisis esta alta Corporación sólo tiene en cuenta definir como mera expectativa el derecho que aún no se consolida y como derecho adquirido sólo el cumplimiento de requisitos para tener derecho a la pensión de vejez. No analizó la Corte en esta ocasión la figura del régimen de transición como derecho adquirido.

Esta Noción sería complementada, en forma paralela a los anteriores pronunciamientos al punto de entender la garantía consagrada en el artículo 58 superior como, aquellas situaciones jurídicas subjetivas e individuales definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley, que en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente al patrimonio de una persona. Definición esta que se encargó de consolidar en múltiples proveídos⁷ y que adicionó a partir de los efectos propios de este instituto jurídico.

De esta manera afirma la Corte que las situaciones jurídicas antes descritas son intangibles y en consecuencia no pueden ser desconocidas o modificadas, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones. Una prohibición que encuentra su

⁷ La definición aquí resaltada puede consultarse en las Sentencias C-015/93 Magistrado Ponente :Eduardo Cifuentes Muñoz, C-058/02 Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis, C-112/93 *Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara*, Sentencia C-450/96 C-168 de 1995: Sentencia C-478/98 Sentencia C-488/02

fundamento legal en la necesidad de mantener la seguridad jurídica y asegurar la protección del orden social, de acuerdo al mandato expreso de la Constitución, puesto que en palabras de esta Corporación ‘una aplicación retroactiva de una ley rompe no sólo la confianza de las personas en el derecho, con lo cual se afecta la buena fe sino que, además, desconoce la libertad y autonomía de los destinatarios de las normas, con lo cual se vulnera su dignidad’’. (C-478/98)

Adicional a ello, este alto tribunal, en sentencia T-1044 de 2001, expresamente le otorga la categoría de derecho irrenunciable a todos aquellos derechos adquiridos en materia de seguridad social al afirmar ‘En conclusión, no se puede renunciar a los derechos adquiridos a la seguridad social, no se puede renunciar ni al régimen de transición ni a los regímenes especiales si son mas favorable al pensionado y cualquier expresión en contrario se tiene por no escrita’.

Aunque esta definición es la más generalizada, dos pronunciamientos de esta alta corporación merecen resaltarse, pues en ellos dicha definición se distingue entre la referida situación jurídica que previamente había considerado como la garantía de que habla el artículo 58 de la Carta Política y los efectos que de esta se desprenden, para otorgar la calidad de derechos adquiridos a estos últimos, con lo cual se rompe la uniformidad de criterios que hasta entonces reinaba en la jurisprudencia Colombiana en torno al tema y que consideraba como único requisito para obtener esta garantía el cumplimiento de la hipótesis fáctica descrita en la norma, ellas son las sentencias C-314 de 1º de abril de 2004, en virtud de la cual la Corte enfatiza ‘se vulneran los derechos adquiridos cuando una ley afecta situaciones jurídicas consolidadas que dan

origen a un derecho de carácter subjetivo que ha ingresado, definitivamente, al patrimonio de una persona. Sin embargo, si no se han producido las condiciones indicadas, lo que existe es una mera expectativa que puede ser modificada o extinguida por el legislador”.

Mediante sentencia C-350 del 29 de julio de 1997, (MP. Dr. Fabio Morón Díaz), este alto Tribunal adoptó de manera definitiva la teoría de las situaciones jurídicas consolidadas al expresar:

Ajusta mejor a la técnica denominar situación jurídica concreta o subjetiva”, al derecho adquirido o constituido de que trata la Constitución...y “situación jurídica abstracta u objetiva” a la mera expectativa de derecho. Se está en presencia de la primera cuando el texto legal que la crea ha jugado ya, jurídicamente, su papel en favor o en contra de una nueva persona en el momento en que ha entrado a regir una nueva ley. A la inversa, se está frente a la segunda, cuando el texto legal que ha creado esa situación aún no ha jugado su papel jurídico en favor o en contra de una persona”.

No obstante lo anterior, en este punto también es factible advertir una contradicción en la posición de la Corte Constitucional con relación a los efectos jurídicos de las simples expectativas de derecho, pues mientras en los fallos anteriormente analizados siguió el criterio adoptado por la jurisprudencia y la doctrina universal en torno a considerar que estas, por tratarse de simples esperanzas,

no eran objeto de respeto por parte del legislador al momento de expedir una nueva norma; en sentencias como la C-596-97 manifiesta “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”.

Mediante la sentencia C-789 de 2002, fue enfática en afirmar que “el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las que aspiran a recibir su pensión como resultado de su trabajo pues de lo contrario se estaría desconociendo el derecho al trabajo como valor fundamental del Estado y como derecho-deber (...).” Y precisa que “...(…) si bien las expectativas legítimas no se consideran derechos adquiridos, sí se equiparan jurídicamente a éstos en razón a que gozan de fuero constitucional.”

La Corte Constitucional introduce una nueva categoría en la distinción entre derechos adquiridos y expectativas de derecho, se trata de las expectativas de derecho legítimas que según este Órgano Colegiado son simples esperanzas que a diferencia de las demás gozan de protección constitucional. No obstante lo anterior, la Corte aún no ha explicado la naturaleza jurídica de estas particulares expectativas de derecho frente a la siempre compleja y antes citada teoría de los derechos adquiridos.

Indica además la Corte Constitucional en este pronunciamiento, “que la norma acusada desconoce el artículo 53 superior, toda vez que vulnera el principio de

aplicación de la norma más favorable previsto en la normatividad laboral vigente, dado que al respetar únicamente la condición de edad y dejar la de monto de la pensión y tiempo de servicio bajo la reglamentación de la Ley 100 de 1993, desconoce igualmente el principio de inescindibilidad a que debe estar sometida la Ley. Así mismo, al reducir a un solo beneficio el régimen de transición vulnera el principio de la condición más beneficiosa frente a los trabajadores que tenían la calidad de trabajadores regulados por una norma existente, pues si la nueva normatividad menoscaba sus derechos, no se aplica y por tanto continúa rigiendo la preexistente que les sea más favorable”.

En este escrito se sostiene que la Corte Constitucional en esta sentencia busca una figura intermedia entre la definición de derecho adquirido y simple expectativa manejada durante los años de vigencia de la ley 100 de 1993, con un concepto débil de las expectativas legítimas que en el texto de la sentencia relacionada viola el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, pues es indiscutible que el texto original del artículo 36 de la ley 100 de 1993 buscó equiparar los derechos para permanecer en el régimen de transición de quienes serían sus beneficiarios tanto por edad como por tiempos de servicios o de semanas de cotización. No se expresa en su texto que quienes tengan 15 o más años de servicios o de cotización tengan mejores derechos, o un derecho diferente, para obtener los beneficios del régimen de transición, que quienes son beneficiarios porque sean hombres mayores de 40 años de edad o mujeres mayores de 35 años de edad, no fue una decisión tan razonable y proporcionada la que tomó la Corte, pues trató a los iguales de manera desigual, otorgando mejores derechos a unos frente a los otros.

En esta elaboración conceptual de la Corte Constitucional sobre el régimen de transición en el campo de los derechos adquiridos sostiene en la sentencia C-754 de 2004 que:

En reiteradas ocasiones esta Corporación se ha pronunciado de manera general sobre el significado y el alcance de la protección constitucional a los derechos adquiridos y sobre las diferencias con la protección que reciben las expectativas legítimas. Así mismo, se ha referido a las diferencias entre estas dos instituciones jurídicas, en relación con la aplicación de los regímenes de pensiones a personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no cumplían los requisitos para acceder a la pensión. Recogiendo criterios doctrinarios y jurisprudenciales comúnmente aceptados sobre la materia, ha estimado que derechos adquiridos presuponen la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la ley, que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier momento. Entre tanto, en las expectativas, tales presupuestos no se han consolidado conforme a la ley, pero resulta probable que lleguen a consolidarse en el futuro, si no se produce un cambio relevante en el ordenamiento jurídico.

Con todo, la Corte también ha sostenido que el legislador no está obligado a mantener en el tiempo las expectativas que tienen las personas conforme a las leyes vigentes en un momento determinado.

Ello se debe a que, por encima de cualquier protección a estos intereses, prevalece su potestad configurativa, la cual le permite al legislador darle prioridad a otros intereses que permitan el adecuado cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho.

Aun así, esta Corporación ha sostenido que cualquier tránsito legislativo debe consultar parámetros de justicia y equidad, y que, como toda actividad del Estado, está sujeta a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En Sentencia C-147 de 1997, reiteró que para que se consolide un derecho es necesario que antes de que opere el tránsito legislativo se reúnan todas las condiciones necesarias para adquirirlo. En tal oportunidad sostuvo que “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.” Aclarando posteriormente que “la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales.”

La Corte en dicha sentencia continúa su análisis diferenciándolas por otra parte de las meras expectativas que reciben una protección más

precaria, aclarando el objeto y alcance de la protección constitucional a estas expectativas, diciendo que: “la ley nueva sí 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”. Así mismo, aclaró que 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.”

Como se dijo anteriormente, los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no están contrariando la prohibición de renunciar a los beneficios laborales mínimos, pues las personas que cumplen los requisitos necesarios para hacer parte del régimen de transición no tienen un derecho adquirido a su pensión. Sin embargo, el valor constitucional del trabajo (C.N. preámbulo y art. 1°), y la protección especial que la Carta le otorga a las y los trabajadores, imponen un límite a la potestad del legislador para configurar el régimen de seguridad social. En virtud de dicha protección, 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.

Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo. Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N. preámbulo, art. 1º), y como derecho-deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este 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 (abril 1º de 1994), terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión.

De esta manera se considera en este escrito que con base en los anteriores argumentos, la Corte Constitucional mantiene una posición “tibia” en las sentencias de constitucionalidad frente a si el régimen de transición como institución jurídica, constituye un derecho adquirido, pues aunque todos sus argumentos lo consolidan y protegen como en este último fallo al retirar del ordenamiento jurídico una norma que lo restringe, no lo define expresamente como un derecho adquirido, desarrollando la figura de la expectativa legítima sólo para quienes son beneficiarios del régimen de transición en los términos de la sentencia C-789 de 2002.

Con estos precedentes de la Corte constitucional frente a la interpretación y tratamiento del régimen de transición pensional en Colombia, se reafirma cómo ha sido una inquietud permanente de esta Corporación los cambios normativos y sus distintas interpretaciones; con la sentencia C-350 del 29 de julio de 1997 ella afirma:

En primer lugar la Sala considera que un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional resulta necesario ya que está de por medio un derecho fundamental respecto del cual la Sala Plena ha precisado, a través de dos sentencias de constitucionalidad , su contenido y condiciones de aplicación, pero cuyo goce en casos concretos ha resultado truncado o dilatado innecesariamente a raíz de las diferentes interpretaciones que han surgido de las mencionadas providencias debido a los cambios normativos que se han producido.
(C-350 de 1997)

En ella justifica porqué en vía de tutela ha ordenado el reconocimiento del régimen de transición como un derecho adquirido sin límite alguno y en vía de constitucionalidad ha afirmado, como ya se ha analizado a lo largo de este escrito, que sólo unos poseen derecho adquirido a ingresar y permanecer en el régimen de transición pensional que consagra el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y otros no.

3.2. Por su parte el Concejo de Estado:

En este escrito se resalta de manera especial el desarrollo conceptual que sobre el tema del régimen de transición como un derecho adquirido ha intentado el Consejo de Estado, algunos de los importantes fallos al respecto se encuentran en las sentencias con radicados: 16716 de febrero 10 de 2000, 470-99 del 11 de septiembre de 2000 , 1732 de 2008 del Consejero Ponente Nicolás Pájaro P, 452610 de septiembre de

2003 Consejera Ponente Margarita Olaya, 102008 de febrero 18 de 2010 Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez, 1732-08 febrero de 2009 Consejera Ponente Berta Lucía Ramírez, 1738-008 de agosto de 2010 Consejero Ponente Víctor Eduardo Alvarado Ardila.

Para efectos de la determinación o ubicación de los precedentes de esta alta Corporación, se evidencia en sus pronunciamientos un esfuerzo por determinar de manera coherente con la preexistencia de los regímenes pensionales, especialmente en el sector público, la armonización con las normas vigentes en la ley 100 de 1993, con sus respectivas modificaciones. Es evidente que ha tratado de preservar la institución o figura jurídica del régimen de transición como un derecho adquirido o como una mera expectativa, y que, como antecedente nunca lo ha manejado como expectativa legítima. Es decir, el Consejo de Estado no ha venido reconociendo el precedente de la Corte Constitucional en sus fallos frente al régimen de transición como expectativa legítima, para éste ha sido enfático en afirmar que dicho régimen comporta un derecho adquirido.

Esta alta corporación en algunos de sus fallos como las sentencias 992 del 31 de Julio de 1997 Consejero Ponente Augusto Trejos Jaramillo, 11423 de noviembre 6 de 1997 Consejera Ponente Clara Forero de Castro y 50422- de julio cuatro 2002 Consejero ponente: Tarsicio Cáceres Toro, sostuvo inicialmente una posición similar (con un concepto tradicional) a la de la Corte Suprema de Justicia y a la formulada por la Corte Constitucional; al exponer como noción de derechos adquiridos aquellas situaciones jurídicas individuales y subjetivas que han ingresado al patrimonio del

particular con justo título y buena fe, aclarando que estos se concretan cuando se han cumplido en su totalidad los presupuestos, condiciones o requisitos que la misma norma contempla como exigibles para su obtención, de tal suerte que cumplidos los requisitos mínimos, no pueden ser desconocidos por el legislador al gozar de plena protección constitucional. Posición que recién expedida la ley 100 de 1993 fue generalizada entre las Cortes en el entendido de definir el régimen de transición no como una figura autónoma, sino como un derecho adquirido en la medida que se configuraba cuando se cumplía con los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez.

Para esta Corporación, la inmutabilidad de las situaciones que se configuran conforme a la estipulación de una ley y a la consolidación de las premisas por parte de un sujeto de derecho, configuran la protección que un Estado Social de Derecho debe a sus ciudadanos, según el tenor literal de la sentencia 0418 del 12 de agosto de 2002 .

Los derechos adquiridos se causan en la consolidación de una situación jurídica originada bajo el amparo de una ley que la regula, vale decir que si se concretaron los supuestos normativos por haberse verificado su cumplimiento **independientemente de que la consecuencia que se deriva de ello se materialice posteriormente**, aquéllos ingresan definitivamente al patrimonio del titular y por ende quien los otorgó no los puede quitar sin vulnerarlos. (negrilla fuera de texto).

Frente a las simples expectativas de derecho precisó en la sentencia con radicado 7620 del 8 de Marzo de 1996, Consejero Ponente Carlos Gustavo Arrieta, que no son mas que expectativas de adquisición de un derecho o situaciones no consolidadas durante la vigencia de una norma anterior, que el legislador no estaría obligado a respetar.

El régimen de transición consagrado en la ley 100 de 1993 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; condiciones que no pueden ser modificadas por el ejecutivo al tratar de reglamentar la norma en comento, ya que estaría excediendo sus facultades⁸.

⁸ Así lo determinó este alto tribunal en sentencia del 10 de Abril de 1997 (Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, Expediente número 12.031, Consejera Ponente: Doctora María Eugenia Samper Rodríguez) proveído a través del cual fue anulado el inciso 2 del artículo 3° del Decreto 1160 de 1994.

Una de las manifestaciones de mayor trascendencia de este órgano colegiado tiene que ver con la interpretación que hizo respecto a la exigencia de una vinculación laboral al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones para ser beneficiario del régimen de transición pensional. En este aspecto cabe destacar su interpretación respecto a los beneficios del régimen de transición, pues no sólo los limita a las condiciones para su adquisición estipuladas en las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, sino que va mas allá, al vincular a este, todas y cada una de las prerrogativas establecidas en dicha normatividad, respetando de esta manera la unidad de materia del régimen de transición y evitando que se presenten confusiones de tipo jurídico que puedan ser desfavorables a la hora de establecer la normatividad aplicable para determinar el disfrute y el monto de la pensión de vejez; introduciendo un elemento interpretativo de suma importancia al estipular que la expresión *“régimen anterior al cual se encuentren afiliados”* consagrada en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no puede ser entendida como la exigencia de un vínculo laboral vigente al 1 de abril de 1994, o al 30 de junio de 1995, ya que es posible que antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, se tengan quince (15) o más años de servicios o de cotización y por diversas circunstancias, a la entrada en vigencia del régimen, el interesado no tenga un vínculo laboral, al respecto afirma.

Esta hipótesis no podría entenderse como un impedimento para acceder al beneficio que establece la ley. El *“régimen anterior al cual se encuentren afiliados”* hace referencia a servicios prestados o

cotizados antes de la entrada en vigencia del régimen establecido en la ley 100 de 1993, no al vínculo laboral vigente en ese momento⁹.

Esta corporación se ha referido a su naturaleza jurídica intentando clasificarla dentro de las denominadas por la doctrina extranjera, normas típicas de derecho intemporal, en virtud de las cuales el sistema normativo alcanza el dinamismo que le es propio a través de disposiciones transitorias creadas para que los operadores jurídicos resuelvan los conflictos suscitados a raíz de los innumerables cambios legislativos.¹⁰

Frente al régimen de transición de los servidores públicos el 26 de agosto de 2010 con radicado interno 1738-2008, ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila afirmó:

(...) como en otras oportunidades lo ha expresado esta Corporación, cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho, como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación...

⁹ Sentencia de 31 de agosto de 2002. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente, Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado. Expediente No. 16717

¹⁰ Al respecto véase la sentencia N° 16716 de Febrero 10 del año 2000, (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, Magistrado Ponente Margarita Olaya Forero.)

Es por ello que la interpretación que debe darse a la ley 33 de 1985, modificada por la ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, **es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos aportes que dejaron de efectuarse.**

En atención al citado precedente es preciso aclarar que la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la ley 33 de 1985 modificada por la ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos...” (negrilla fuera de texto)

Concepto ya expuesto en fallo del cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010),
Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicado número: 25000-23-
25-000-2006-07509-01(0112-09):

En aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945. De la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la

primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aún así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

En el año 2010 mediante la sentencia con número interno 1738-2008 con ponencia del consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, al analizar la posibilidad de que el Ingreso Base de Liquidación de las pensiones de los servidores públicos incluyan todos los factores salariales y no sólo los indicados de manera enunciativa en la ley 33 de 1985 en desarrollo del principio protectorio de favorabilidad, insiste esta alta Corporación en resolver siempre de manera favorable al afiliado cualquier duda y, en tratándose del régimen de transición ha insistido que siempre se conserven los beneficios adquiridos en la normatividad anterior aplicable en virtud del artículo 36 de la ley 100 de 1993. Al respecto consagró:

(...) es preciso acudir al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios.

De ahí que interpretar a ley 33 de 1985, modificada por la ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los derechos sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

Como bien se observa, éste órgano supremo insiste en la necesidad de conservar siempre los derechos adquiridos en materia del régimen de transición pensional, interpretando que un régimen de transición debe salvaguardar literalmente los beneficios que contiene la norma que se encuentra derogada, que ultractivamente protege la norma vigente. Aspectos que consolidan un fuerte precedente para esta alta Corporación en cumplimiento de la ley 1395 de 2010 y del mismo Código Contencioso Administrativo contenido en la ley 1437 de 2011.

3.3. La Corte Suprema de Justicia:

Con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993 podría resumirse la posición clásica de esta corporación en algunos de sus pronunciamientos frente al significado que ha dado a los derechos adquiridos y a las meras expectativas, sin que en ningún momento haya hecho referencia a la definición de un régimen de transición pensional.

Se hace necesario afirmar que por ser tan rigurosa y esquemática la forma en que se recurre ante esta alta Corporación es difícil, para quien escribe, identificar sus construcciones conceptuales, aunque puede afirmarse que ella se ha referido a la teoría de los derechos adquiridos de la siguiente manera:

Inicialmente, en el contexto del derecho civil, que fue consagrada en el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, se establece la imperatividad de las normas del trabajo por ser normas de orden público y su aplicabilidad inmediata, incluso a los contratos de trabajo que estén vigentes o en curso, pero sin efectos retroactivos sobre las situaciones definidas o consolidadas conforme a leyes anteriores.

En sentencia del 12 de noviembre de 1937 la Corte Suprema de Justicia alude a la distinción entre el efecto retroactivo y retrospectivo de la ley. Afirmaba el jurista Dr. Manuel J. Angarita, al respecto: “hay leyes que se refieren al pasado sin vulnerar ningún derecho adquirido (...) estas leyes no tienen el carácter retroactivo y deben considerarse únicamente como retrospectivas”. (Arboleda, 1993)

Más tarde, en la sentencia del 17 de agosto de 1966, que expone la Sala de Casación Laboral se afirma:

Cuando la génesis del derecho se cumple por la integración en un solo acto de todos sus elementos jurídicos consecutivos, se dice que es puro y simple; entonces se configura el derecho perfecto, o sea que se adquiere sin sujeción a modalidad alguna. Si al contrario, el derecho pende del cumplimiento de una condición que, además es el elemento intrínseco o constitutivo del acto o contrato, surge el derecho eventual que se caracteriza por ser meramente provisional o preparatorio del derecho perfecto, pero protegido ab initio por la ley. A diferencia del derecho eventual, la mera expectativa se configura cuando la condición no es elemento esencial o constitutivo del acto o contrato sino solamente adventicio o extraño a él, no hallándose jurídicamente protegida.” (Arboleda, 1993 p. 191)

Para el año 1969, mediante sentencia del 22 de julio en relación con la pretensión de un trabajador al reajuste de la pensión con efectos retroactivos, la Sala de Casación Laboral señala que “en cuanto al derecho adquirido a la pensión comprendía la cuantía legal vigente cuando se reconoció, situación que vulneraba leyes indicadas por su efecto retroactivo” (Arboleda, 1993, p.190). El fallo hace las respectivas diferenciaciones entre la consolidación de un derecho, cuando se reúnen

los requisitos previstos en la ley para tener derecho a ello, y los efectos futuros de ese derecho adquirido que son susceptibles de modificaciones por leyes posteriores.

A partir de esta última posición de la Corte Suprema de Justicia, se puede evidenciar que ella en esta construcción conceptual, hace esfuerzos por ir perfeccionando la noción de derecho adquirido frente a situaciones concretas; es así como en sentencia de diciembre 12 de 1974 afirma:

Por derecho adquirido ha entendido la doctrina y la jurisprudencia aquél derecho que ha entrado al patrimonio de una persona natural o jurídica y que hace parte de él, y que por lo mismo, no puede ser arrebatado o vulnerado por quien lo creó o reconoció legítimamente. Lo anterior conduce a afirmar que el derecho adquirido es la ventaja o el beneficio cuya conservación o integridad, está garantizada, en favor del titular del derecho, por una acción o por una excepción.

Se observa en este pronunciamiento como se acoge a las teorías que pretenden reemplazar las nociones clásicas de derechos adquiridos y meras expectativas por las de situación jurídica concreta o abstracta, respectivamente al manifestar: “Ajusta mejor con la técnica denominar situación jurídica concreta o subjetiva, al derecho adquirido o constituido de que trata la Constitución en sus artículos 30 y 202; y situación jurídica abstracta u objetiva, a la mera expectativa de derecho”. Y añade “Se está en presencia de la primera cuando el texto legal que la crea ha jugado ya, jurídicamente, su papel en favor o en contra de una persona en el momento en que ha

entrado a regir una ley nueva. A la inversa, se está frente a la segunda, cuando el texto legal que ha creado esa situación aún no ha jugado su papel jurídico en favor o en contra de una persona".

En cuanto a la Jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia en vigencia del Sistema General de Pensiones merecen especial atención los expedientes 10077 del 3 de Diciembre de 1997, 12199 del 29 de septiembre 1999, 15279 del 2 de abril de 2.001 y 19069 del 4 de Diciembre de 2002, a través de los cuales este alto tribunal, desarrolla la noción y alcance de este régimen a partir de su finalidad, precisando que éste ha sido establecido para salvaguardar los derechos de las y los beneficiarios que hubiesen podido adquirir o hayan adquirido un derecho pensional bajo el anterior régimen legal, frente a los posibles menoscabos que pudiere comportar una nueva Ley sobre la materia; en aplicación del principio de favorabilidad, precisando que para acceder a los beneficios en él establecidos sólo se requiere tener la edad o el tiempo de servicios consagrados en la norma, sin que pueda entenderse que existen requisitos adicionales a los que de manera clara se fijan en tal precepto:

Ha sostenido la jurisprudencia de esta Sala que los regímenes de transición, como el contemplado en el artículo 36, constituyen una excepción a la regla general de la aplicación inmediata y retrospectiva de las leyes sociales (art. 16 C. S. T.), y pretenden proteger a ciertas personas que, en determinadas condiciones, se verían gravemente afectadas en sus derechos por la transición de una legislación a otra,

mediante la conservación de ciertos privilegios o ventajas que establecía la normatividad anterior, como ocurre en el caso de la Ley 100 de 1993, que previó en el artículo 36 mencionado que las personas que, a su entrada en vigencia, tuvieran 35 o más años de edad, si fueren mujeres, o más de 40, si fueren hombres, o 15 o más años de servicio, tendrían derecho a pensionarse con la edad, el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y el monto de la pensión, previstos en el régimen anterior al cual se encuentre afiliados. Norma que dispuso, así mismo, que “Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

Mediante sentencia del 22 de septiembre de 1997, Magistrado Ponente Rafael Méndez Arango, la Corte definió su posición frente a la noción de derecho adquirido afirmando que: “únicamente ha de entenderse aquel derecho que por haber ingresado legítimamente al patrimonio de alguien, no puede ser modificado por la ley posterior, en aras de preservar la seguridad jurídica”.

De modo que para este alto Tribunal un derecho adquirido se configura cuando se han cumplido los supuestos que la norma exige en cabeza de una persona, mientras que en la expectativa de derecho no se han cumplido con los supuestos de hecho que prevé la norma.

Posición que ratifica en las sentencias 10406 del 22 de abril de 1998 con ponencia del Magistrado Rafael Méndez Arango y en la 9441 del 28 de mayo de 1998 con ponencia del Magistrado Ramón Zúñiga Valverde.

“(...) no se pierde entonces el derecho consumado por que su titular no lo hubiera pedido en el lapso en que rigió la disposición que sirvió de fundamento para su causación y solo venga a reclamarlo cuando esa norma haya sido derogada o sustituida, puesto que la desaparición de la ley por virtud de su derogatoria no permite en forma alguna el desconocimiento de los derechos validamente adquiridos bajo su imperio. La causación de un derecho no depende entonces de que su titular lo solicite durante la vigencia de la norma que lo consagro¹¹.”

En términos generales, la Corte Suprema de Justicia ha avalado la interpretación y aplicación de la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional al considerar que existen derechos adquiridos frente a la pensión de vejez solo cuando se ha cumplido con los requisitos para acceder a esta y no se ha pronunciado frente a si la figura del régimen de transición comporta como tal un derecho adquirido.

También en algunos momentos ha coincidido con planteamientos ya descritos en este trabajo del Consejo de Estado: al respecto cabe citar la sentencia de 4 de

¹¹ El aparte resaltado fue tomado de manera textual de la sentencia 9441 del 28 de mayo de 1998 Magistrado Ponente Dr, Ramon Zúñiga Valverde, Corte Suprema de Justicia.

diciembre de 2002 con radicado 13410, en la cual se refirió a que no se requiere de la afiliación al momento de entrar en vigencia el sistema general de pensiones para ser beneficiario del régimen de transición. En ella ratifica que los requisitos para acceder al régimen de transición son los estipulados en este mismo, es decir en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y que no es potestativo del legislador ni del ejecutivo en desarrollo de la facultad reglamentaria, exigir nuevos requisitos que la ley no haya exigido.

3.4. Definición Doctrinal:

Por considerarse que el concepto sobre los derechos adquiridos en materia pensional aún se construye bajo las exigencias además hoy, de la Ley 100 de 1993 que consagró como ya se ha descrito, un régimen de transición pensional, y que evidentemente en Colombia se referencia un concepto tradicional de él con un fuerte componente del derecho civil, a continuación en la tabla 1 se sitúan algunos de los autores clásicos que han definido el concepto sobre derechos adquiridos, citados por el tratadista (Arango Valencia, 1983).

Tabla 1. Construcción propia, tomando como referencia el texto del tratadista Arango Valencia, en su texto derechos adquiridos.

Autores	Concepto sobre el derecho adquirido
Blondeau	Este doctrinante, partiendo de la problemática suscitada frente a la relación entre la retroactividad de la norma y los derechos adquiridos conforme a disposiciones anteriores, engloba los conceptos de derecho y

	<p>expectativa de derecho en uno solo denominado “esperanza”. “Esperanzas formadas de acuerdo con una ley antigua, las cuales merecen ciertas consideraciones y no se pueden desconocer sin que se produzca algún mal”.</p>
Merlín	<p>“Los derechos adquiridos son aquellos que han entrado a nuestro patrimonio, que hacen parte de él y que no pueden sernos arrebatados por aquel de quien lo hubimos”.</p>
Fiore	<p>“El derecho perfecto, aquel que se debe tener por nacido por el ejercicio integralmente realizado o por haberse íntegramente verificado todas las circunstancias del acto idóneo, según la ley en vigor para atribuir dicho derecho, pero que no fue consumado enteramente antes de haber comenzado a esta en vigor la ley nueva”; “en la práctica resulta difícil el establecer con certeza, si de aquella circunstancia puesta bajo la ley en vigor, ha nacido o no un derecho individualizado y más difícil aún decidir si ha nacido igualmente un derecho de deducir y aplicar sus efectos jurídicos además a todas las relaciones jurídicas que fueren establecidas, o solo en determinados casos y mediante ciertas circunstancias que en el negocio concurren”.</p>
M. Huc	<p>“Constituye un derecho adquirido toda ventaja o beneficio cuya observación o integridad están garantizadas, a favor del titular del derecho, por una acción o por una excepción”.</p>
Vareilles-Sommieres	<p>” La ley es retroactiva : 1. Cuando borra o destruye en el pasado los efectos ya producidos de un acto o de un hecho anterior, o en otros términos, cuando nos arrebatata un derecho en el pasado; 2. Cuando suprime o modifica in futuro uno de nuestros derechos actuales en razón de un hecho pasado...(..)”.</p>

	<p>“No será en cambio retroactiva la ley si modifica para el porvenir uno de nuestros derechos, no en razón de un hecho pasado, sino en razón de ese derecho tomado en sí mismo o en razón de los inconvenientes que ofrecerá en lo sucesivo o por concepto del estado o la edad de quienes gozan de él”.</p>
Chabot De L'allier	<p>Se refiere a la noción de derecho adquirido como: “aquel que había sido irrevocablemente conferido y definitivamente adquirido antes del hecho, del acto o de la Ley que se le pretende oponer para impedir el pleno y entero goce de él”.</p>
Demolombe	<p>Afirma que un derecho adquirido es “Derecho bien y debidamente hecho nuestro, del cual estamos investidos que nos hemos apropiado y que un tercero no podría arrebatarnos”.</p>
Eugenio Vergara	<p>Derecho adquirido:”Este no es más que la apropiación individual de un objeto susceptible de ser materia de una relación de derecho; apropiación que a veces resulta de la delación directa de la ley misma, como sucede respecto de la sucesión intestada o de la adquisición de algunos estados personales, y que en otras ocasiones se combina con la ejecución de ciertos hechos requeridos por ella como condición indispensable de la constitución de un derecho, según sucede en el matrimonio, en los contratos y en las prescripciones adquisitivas. Pero en ambos casos la investidura o transmisión del derecho debe ir acompañada de la existencia del hecho, circunstancia o formalidades a que la ley ha subordinado su adquisición, de manera que esta venga a ser como el corolario forzoso de sus antecedentes. Una vez consumada la existencia de los hechos o condiciones a que la ley ha unido el poder de formar o constituir un derecho, este principia a existir luego con el poder de desarrollarse en lo</p>

	<p>sucesivo produciendo todos los efectos que habría producido bajo el imperio de la ley que procedió a su formación, a menos que ellos consistan en meras facultades o delegaciones de la ley, o se refieran al modo de obtener su reconocimiento y su protección ante la autoridad pública, establecida con ese objeto”.</p>
Gabba	<p>“Es adquirido todo derecho que entró inmediatamente a formar parte del patrimonio de quien lo ha adquirido, como consecuencia de un acto idóneo y susceptible de producirlo, en virtud de la ley del tiempo en que el hecho hubiere tenido lugar, aunque la ocasión de hacerlo valer no se presentase antes de la publicación de una ley nueva relativa al mismo, y por los términos de la ley bajo cuyo imperio se llevara a cabo”.</p>
Josserand	<p>“Decir que la ley debe respetar los derechos adquiridos, es decir que no debe traicionar la confianza que colocamos en ella y que las situaciones creadas bajo su protección continuarán intactas, ocurra lo que ocurra; fuera de esto, no hay sino simples esperanzas más o menos fundadas y que el legislador puede destruir a su voluntad”.</p>
Julián Restrepo Hernández	<p>“En toda disposición legal encontramos dos cosas, dos elementos infaliblemente: (A) el elemento material; y (B) el elemento formal” el primero, el material no depende de la ley; ella lo encuentra, lo toma y lo gobierna. Ese elemento material es el hecho previsto en la ley, la hipótesis, base de sus disposiciones, el caso de la ley, como dicen los prácticos. El otro elemento, el formal el jurídico, es la conclusión jurídica que la ley saca del hecho, es la verdadera disposición legal que consagra derechos e impone obligaciones; es el efecto legal y jurídico del hecho, verificado el hecho previsto en la ley, nacen por lo mismo las consecuencias jurídicas que la ley le</p>

	asigna al hecho. La lógica así lo indica y así lo impone la buena fe del legislador. Esas consecuencias son los derechos adquiridos. Los derechos adquiridos son pues las consecuencias jurídicas nacidas en virtud de una ley vigente al cumplimiento del hecho previsto en la misma ley”.
Boncasse	“La ley no dispone sino para el porvenir y en manera alguna tiene efecto retroactivo (..) ” “si se permite a la ley llegar a tabicar todo un pasado jurídico, regularmente establecido, la ley no toma ya sino la catadura de opresión y de anarquía”.

Como se evidencia, en el tiempo ha prevalecido entre los doctrinantes considerar el concepto sobre derecho adquirido como una situación jurídica individual consolidada al haberse cumplido con los supuestos de hecho que consagra una norma, como un requisito indispensable para alcanzar unos beneficios y, como una mera expectativa de derecho, una situación jurídica que aún no ha sido consolidada como consecuencia de no cumplirse con los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para acceder a ellos. En todo caso, coincidiendo, en que como situación jurídica consolidada debe ser protegida, especialmente en todo tránsito normativo.

Concepto que como se ha afirmado a lo largo de este escrito, hoy debe reevaluarse, pues la institución jurídica del régimen de transición pensional colombiano nos ha puesto a repensar el concepto, no de cara a la consolidación de los requisitos para obtener la pensión de vejez, que , sin lugar a dudas, independiente del momento en que se haga efectiva, se respetará, pues se trata de una “situación consolidada bajo los supuestos normativos invocados”; sino además, para quienes sean beneficiarios de

un régimen de transición pensional, que a pesar de no haber consolidado su derecho a la pensión de vejez, tienen el derecho a permanecer en él, pues han cumplido con los presupuestos normativos que consagran ese derecho, de lo contrario, sin lugar a dudas, la normatividad vigente les traería nefastos perjuicios en su etapa pensional. Esta afirmación tiene como soporte doctrinal, la definición que al respecto han hecho dos tratadistas colombianos contemporáneos:

Dueñas Ruiz en su texto, ‘‘Las Pensiones: Teoría, Normas y Jurisprudencia’’ define el régimen de transición como un mecanismo indispensable a la hora de efectuar reformas pensionales, el cual consiste en la aplicación de las normas anteriores cuando las nuevas no son más favorables; para este autor:

La transición va de la mano con el principio de favorabilidad y da pautas para no truncar los derechos en vía de adquisición, pues históricamente se ha considerado que la situación de las personas que se van acercando por edad o tiempo de servicio a los requisitos contemplados en la ley para acceder a la pensión de vejez, no es la misma de aquellas que apenas inician una vida laboral, llevan pocos años de servicio o su edad está bastante lejos de la exigida. (Dueñas, 2003 p. 344)

Para el tratadista (Arenas Monsalve, 2003) el régimen de transición es ‘‘un mecanismo especial que suelen establecer las leyes para regular el tránsito de una legislación a otra, con respecto a los derechos que se adquieren en el transcurso del

tiempo; Con el objeto de reducir los traumatismos y efectos negativos que implica un cambio normativo”.

Se constata así, que la definición de derechos adquiridos frente al concepto de meras expectativas no ha sido un tema pacífico a lo largo de la historia del derecho en la doctrina universal; en la colombiana aún falta todo por escribir, ojalá las y los docentes universitarios le dediquen tiempo suficiente a documentar el proceso pensional en Colombia que ayude a las altas cortes colombianas a identificar y respetar su propio concepto sobre el régimen de transición como un derecho adquirido.

4. Análisis sobre el régimen de transición pensional como derecho adquirido, en la Ley 100 de 1993 y en el acto legislativo 01 de 2005:

De esta manera, en concordancia con lo expuesto anteriormente; es factible apreciar como la doctrina y la jurisprudencia definen el régimen de transición a partir de su finalidad, sin profundizar sobre la naturaleza de dicha figura, lo que lleva a señalar que si bien, los anteriores pronunciamientos ofrecen una ligera idea de la forma en que opera este fenómeno y la razón por la cual fue instituido en nuestro ordenamiento jurídico, el acercamiento a su verdadero significado desde el punto de vista de su naturaleza y alcance, solo será posible al analizarlo en conjunto con la teoría de los derechos adquiridos.

El antecedente del concepto sobre los derechos adquiridos en el ordenamiento jurídico de Colombia tiene como base una tradición occidental que consagra el artículo 2° del Código Civil Francés según el cual *“la ley sólo dispone para el porvenir, no tiene efectos retroactivos”*.(C-549 – 1993)

El artículo 30 de la constitución de 1886, hacía referencia al justo título estipulando el respeto por los derechos adquiridos, de acuerdo a las leyes civiles: “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos o vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público social.”.

Texto que fue desarrollado mediante los artículos 17 y 28 de la Ley 153 de 1887, así:

'ARTICULO 17. Las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule ó cercene.

ARTICULO 28. Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en

cuanto á su ejercicio y cargas, y en lo tocante á su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley''

Definición vigente hasta la expedición de la Carta Política de 1991 que al respecto consagró en el artículo 58:

*“Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, **con arreglo a las leyes civiles**, los cuales no pueden ser desconocidos o vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público social”.* (Negrillas fuera del texto)

Definición que vierte en el Sistema General de Seguridad Social en los artículos 11, 36, 146, 272,273 y 289 de la ley 100 de 1993 que de nuevo se citan textualmente, con subrayas y negrillas fuera del texto original, en razón a su absoluta claridad y su constante vulneración, tanto en la vía administrativa como en la judicial.

El artículo 11 de la ley 100, modificado por el artículo 1° de la ley 797 de 2003, consagra el respeto por los derechos adquiridos de la siguiente forma:

“Artículo 11. (Modificado por el artículo 1° de la Ley 797 de 2003)
’Campo de Aplicación. El Sistema General de Pensiones consagrado en
la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional,
conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos,
garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos
conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o
convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia
de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o
se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o
sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los
ordenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.
Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las
partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las
partes.” (Negrillas fuera del texto).

Artículo 36:”.... *Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley*
hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación
o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se
hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de
los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en
las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que
cumplieron tales requisitos. (Negrillas fuera del texto).

De igual forma el artículo 146. de la Ley antes mencionada consagra:

ARTÍCULO 146. *SITUACIONES JURÍDICAS INDIVIDUALES DEFINIDAS POR DISPOSICIONES MUNICIPALES O DEPARTAMENTALES: Las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la presente Ley, con base en disposiciones Municipales o Departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales en favor de empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados, continuarán vigentes.*¹²(Negrillas fuera del texto).

El artículo 272 consagra:

APLICACIÓN PREFERENCIAL. El Sistema Integral de Seguridad Social establecido en la presente Ley, no tendrá, en ningún caso, aplicación cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores. (Negrillas fuera del texto).

En tal sentido, los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política tendrán plena validez y eficacia. (Negrillas fuera del texto).

¹² Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-410-97 de 28 de agosto de 1997, Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara.

*ARTÍCULO 273. RÉGIMEN APLICABLE A LOS SERVIDORES PÚBLICOS. El Gobierno Nacional, sujetándose a los objetivos, criterios y contenido que se expresan en la presente Ley y en particular a lo establecido en los artículos 11 y 36 de la misma, **podrá incorporar, respetando los derechos adquiridos, a los servidores públicos, aún a los congresistas, al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.***¹³(Negrillas fuera del texto).

ARTÍCULO 289. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación, **salvaguada los derechos adquiridos y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.** (Negrillas fuera del texto).

Tal como se advierte a lo largo de este escrito los operadores jurídicos se han encargado de darle contenido a la definición sobre los derechos adquiridos en materia pensional de conformidad con la principalística constitucional, legal y doctrinal de cada una de las altas cortes como ya se referenció en algunos de sus fallos, además de las fuentes generales del derecho.

Teniendo como referente estas disposiciones y la doctrina que han intentado elaborar las altas cortes de Colombia, este escrito contribuye con esta elaboración

¹³ Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-408-94 del 15 de septiembre de 1994, Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz.

determinado que el régimen de transición pensional en Colombia comporta un derecho , un atributo de orden normativo, que protege a mujeres que al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones tuvieran 35 o más años de edad, a hombres con 40 o más años de edad, o cualquiera de ellos con 15 o mas años de servicios o de cotización, para que puedan pensionarse de conformidad con las normas anteriores que consagraban condiciones más favorables con respecto a las condiciones establecidas en el sistema general de pensiones de la ley 100 de 1993. Es un derecho subjetivo que le da a sus titulares la facultad no sólo para ingresar, sino fundamentalmente para permanecer en el régimen de transición, cuando han cumplido las condiciones establecidas en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, esto es, la edad o los 15 años de servicios o de cotización, independientemente del momento en que se cumplan las condiciones para tener derecho a la pensión de vejez. El cumplimiento de cualquiera de estos requisitos configura la titularidad del derecho para cualquiera de los beneficiarios enunciados; ya antes se anotó como en concepto de quien escribe, la Corte Constitucional se equivocó al tratar de manera desigual a los iguales, encontrando razonable y proporcionado a derecho que quien tiene 15 o más años de servicios o de semanas cotizadas tiene mejor derecho que quien es beneficiario por ser una mujer con 35 años o más de edad o un hombre con 40 años o más de edad al momento de entrar el vigencia el Sistema General de pensiones, este argumento tiene como fundamento el mismo precedente de esta corporación cuando a afirmado entre otras en la sentencia C 789 de 2002 :

La creación de un régimen de transición constituye entonces 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 pensionares, en el momento del tránsito legislativo.

La creación de un régimen de transición constituye entonces 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 pensionares, en el momento del tránsito legislativo.

Y en la sentencia C 754 de 2004:

Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo.^[74] Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N. preámbulo, art. 1º), y como derecho-deber (C.N. art. 25)

“De las consideraciones transcritas se desprende, sin lugar a dudas, que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 i)“constituye entonces 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 pensionares, en el momento del tránsito legislativo”; ii) que este instrumento ampara a los trabajadores, hombres 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 iii) que 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 pensionares, en el momento del tránsito legislativo”.

Con base en esta sentencia la Corte precisó que si bien la sentencia C 789 de 2002 había señalado que no existía propiamente un derecho adquirido a ingresar al régimen de transición, pues bien puede el legislador modificar estas condiciones, esto no significa que las condiciones para continuar en él si puedan ser cambiadas una vez

cumplidos los supuestos normativos, pues las personas cobijadas por este régimen tienen derecho a que se les respete la condiciones en él establecidas.

Teniendo en cuenta estas definiciones sobre el régimen de transición como un derecho adquirido, las ciudadanas y ciudadanos de éste país encuentran contradicción en el acto legislativo 01 de 2005 que limita este derecho de rango constitucional, el derecho adquirido a permanecer en el régimen de transición de todas las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones cumplían con dichos requisitos, pues lo ha dado por extinguido en principio, el 31 de julio de 2010, excepto para aquellos que siendo beneficiarios además cuenten con 750 semanas o su equivalente en tiempos de servicios al 25 de julio de 2005, quienes mantendrán los beneficios de éste hasta el 31 de diciembre del 2014.

Se afirma que existe una contradicción en la medida en que como se ha evidenciado, se ha definido como un derecho adquirido de conformidad con lo establecido en los artículos 53 y 58 de la carta política, aunque el acto legislativo 01 de 2005 que adiciona el artículo 48 de la misma carta política, lo eliminó definitivamente.

Aunque el ejercicio que desea plantear este escrito es contribuir con la documentación del análisis personal del régimen de transición durante la vigencia de este articulado, es decir, en diez y ocho años de diversas interpretaciones y concesión del derecho, como una exigencia para su aprobación como trabajo de grado, se hace

necesario confrontar la doctrina, en esta medida se puede encontrar coincidencia con lo afirmado por el jurisconsulto Julian Boneccase¹⁴, quien entiende por derecho adquirido toda situación jurídica concreta, obtenida luego de haberse cumplido a cabalidad con los supuestos de hecho que consagra la norma como requisito para que se origine su consecuencia, siendo este último aspecto, es decir el cumplimiento de la hipótesis fáctica contemplada en la Ley, el elemento que determinará cuando estamos en presencia de una de estas situaciones.

Así entonces se afirma que de acuerdo con los postulados contenidos en la teoría de los derechos adquiridos mayoritariamente aceptada por la doctrina contemporánea, las personas que cumplieron con los requerimientos exigidos por el ya pluri-mencionado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para que se les aplicara el llamado Régimen de Transición, tienen un derecho adquirido frente al mismo, que siguiendo los lineamientos trazados por la doctrina universal debería ser respetado por el legislador, quien no podrá modificar ni extinguir la situación concreta que les cobija, ni exigir el cumplimiento de requisitos adicionales a los estipulados en la norma

¹⁴ Este autor expone su teoría a partir de cuatro tesis a saber: Primera tesis. una ley es retroactiva cuando modifica o extingue una situación jurídica concreta; no lo es, en cambio, cuando simplemente limita o extingue una situación abstracta, creada por la ley precedente.

Segunda tesis: Para este autor la situación jurídica será abstracta cuando se refiere a la manera de ser eventual o teórica en relación con una ley determinada.

Tercera tesis: La *situación jurídica abstracta* es el marco dentro del cual puede producirse la situación jurídica concreta en virtud de un hecho.

Cuarta tesis: Para determinar si una persona se encuentra en situación jurídica abstracta o concreta respecto de cierta ley, habrá que establecer si se ha producido el supuesto que condiciona el nacimiento de la consecuencia.

original de conformidad con los principios de seguridad jurídica y de progresividad de los derechos sociales.

Posición que vista de manera integral con los pronunciamientos de inexecutableidad de la Corte Constitucional, ésta a respetado, pues ha retirado del ordenamiento jurídico las normas que antes de la expedición del acto legislativo 01 de 2005, buscaron eliminar el régimen de transición pensional. Aunque se haya observado cómo ella en principio pasó del análisis simple de la diferencia entre derechos adquiridos y meras expectativas, al concepto entre estos y las expectativas legítimas.

Esta afirmación tiene soporte en sentencias de tutela, donde la alta corporación, como máxima guarda de la carta política ha sido enfática en el respeto y reconocimiento del régimen de transición pensional como un derecho adquirido:

Con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez, mediante sentencia T-770 de 2000, expresó: “Literal B -Temas Jurídicos.....” “Numeral 5 Respeto a los regímenes de transición y regímenes especiales: **En materia de pensiones hay regímenes especiales y regímenes de transición que deben respetarse porque constituyen derechos adquiridos. Además son constitucionales**”. (Negrillas fuera de texto).

Posición reiterada en fallo de tutela. 1044 de 2001 Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra: “Conforme ya se indicó, en materia de pensiones hay

regímenes especiales y regímenes de transición que deben respetarse porque constituyen derechos adquiridos.”

“el régimen de transición es una expresión de lo que en la teoría de la seguridad social se denomina derechos en vía de adquisición”, que concluye afirmando: “En conclusión, no se puede renunciar a los derechos adquiridos a la seguridad social, no se puede renunciar ni al régimen de transición ni a los regímenes especiales si son mas favorables al pensionado y cualquier expresión en contrario se tiene por no escrita”.

(Negrillas fuera de texto).

En una de las sentencias mejor elaboradas por esta Corporación la T-235 de 2002 con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, afirmó frente al Régimen de transición estipulado en la Ley 100 de 1993: **“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.”**

(Negrillas fuera de texto)

Pronunciamiento que se reitera en la sentencia T-169 de 2003 con ponencia del Magistrado Jaime Araujo Rentarías: **“una vez entrada en vigencia la disposición que consagra el régimen de transición, los trabajadores que cumplan con los requisitos exigidos para el mismo consolidan una situación concreta que no se les puede menoscabar”**. (Negrillas fuera de texto).

Como se ha analizado en este escrito las altas cortes en Colombia tendrán que identificar su propio precedente en cuanto a la determinación del régimen de transición pensional como un derecho adquirido, teniendo como referente no sólo lo que ellas mismas han determinado en sus pronunciamientos, sino en el marco de la conceptualización de la doctrina universal sobre este aspecto; asumiendo el reto además, académicos y operadores jurídicos para desentrañar su sentido filosófico, teleológico y pragmático que impida su no reconocimiento como un derecho fundamental.

Entender que en los tránsitos normativos como el que plantea el artículo 36 de la ley 100 de 1993 como parte del Sistema general de Pensiones, frente a los regimenes pensionales anteriores a su vigencia, se hace necesario cumplir con unos requisitos exigidos por la ley nueva con miras a inaplicarse ella misma, situación que aparentemente contradictoria, debe contextualizarse desde la validez y vigencia de las normas. Toda norma tiene que cumplir unos requisitos para poder entrar en vigencia y del seguimiento de estos depende que pueda lograr el fin que se propone para entrar a ocuparse de las situaciones que regula; requisitos formales como materiales, siendo los primeros aquellos procedimientos que se exigen para la creación de la

norma y los segundos aquellos que se relacionan con la afinidad que tiene con los principios constitucionales y legales, es decir estar sujeta a las normas de mayor jerarquía, así entonces su vigencia representa una limitación temporal, no solo para determinar de qué situaciones se ocupa la norma sino, a partir de cuándo va a modificar las situaciones de las que se va a encargar y hasta cuándo se va a encargar de ellas, por lo tanto la vigencia de las normas consiste en “ su capacidad regulativa, su aptitud para regular las situaciones que caigan bajo su condición de aplicación: su aplicabilidad en definitiva. Esto significa que una norma regula cuantas situaciones se produzcan mientras la misma está en vigor (..) ¹⁵”. Sin embargo para que una norma sea aplicable o cobre vigencia, es necesario también que esta sea válida.

Es así que el nacimiento de una norma cuando se ocupa de situaciones antes reguladas, implica la derogación de las normas que se ocupaban de estas situaciones con anterioridad a ella, teniendo en cuenta la jerarquía a que están sometidas, produciéndose, que la una reemplaza la otra. Sin embargo la nueva norma no podrá modificar las situaciones que se consolidaron en vigor de la norma que se deroga, de acuerdo al principio de irretroactividad de la ley, tal como sucedió con el artículo 36 de la ley 100 de 1993, ya que aunque el Sistema General de Pensiones trató de unificar los regímenes pensionales existentes hasta el momento en Colombia, este artículo trató de conservar las expectativas que de manera legítima traían los trabajadores y trabajadoras y las y los afiliados al sistema de seguridad social.

¹⁵ BETEGÓN, Jerónimo, GASCON, Marina, DE PÁRAMO, Juan Ramón y PRIETO, Luis. *Lecciones de Teoría del Derecho*. Madrid, Mac Graw-Hill, 1997, p. 249.

Un régimen de transición comporta una normatividad especial que estipula y protege no solo los derechos adquiridos sino además una situación fáctica que produce una consecuencia jurídica al consolidarse en el requisito que exige la norma; es decir, que concede el derecho a pensionarse con el régimen anterior a la ley 100 de 1993 a quien cumpla con determinados requisitos, la consecuencia no es el derecho a la pensión de vejez, sino el derecho a pensionarse según las exigencias de un régimen mas favorable, allí radica su especialidad. Que aunque, ya aclarado por la jurisprudencia es facultad del legislador establecer los requisitos para acceder a la pensión de vejez, es una situación diferente a la de aquellas personas que produciéndose el cambio legislativo adquieren la calidad de sujetos acogidos por el régimen de transición, pues así se afirmó en la ya analizada sentencia de constitucionalidad 789 de 2003, que es potestativo del legislador modificar los requisitos para acceder al régimen de transición pero no las condiciones para permanecer en él, puesto que las personas cobijadas por dicho régimen tienen derecho a que se les respete las condiciones establecidas: “La Corte advierte en este sentido que al entrar en vigencia el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, las personas que a primero de abril de 1994 cumplían con los requisitos señalados en la norma adquirieron el derecho a pensionarse según el régimen de transición,-que por lo demás los indujo a permanecer en el Instituto de los Seguros Sociales en lugar de trasladarse a los Fondos creados por la Ley 100, así estos ofrecieran flexibilidad para graduar la pensión-. Ello por cuanto a esa fecha cumplían con los requisitos establecidos en el artículo 36, y consecuentemente incluyeron en su patrimonio el derecho a adquirir su pensión en los términos del régimen de transición.

Ahora bien, cabe precisar que si bien la Corte en la Sentencia C-789 de 2003 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 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 4° de la Ley 860-, pues las personas cobijadas por dicho régimen tienen derecho a que se les respeten las condiciones en él establecidas”.

Es decir , la Corte Constitucional reconoce la existencia de un derecho consistente en la facultad de adquirir la pensión de vejez de conformidad con los requisitos que exigía la normatividad anterior, ello por disposición expresa del Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en este sentido es indefectible que cuando se exige un requisito para ser beneficiario del régimen de transición, y este se cumple, se radica un derecho en cabeza de quien cumple dicho requisito, esto es el derecho a pensionarse según la norma anterior, y no solo es la simple protección de una expectativa de acceder a la referida prestación.

En esta medida de acuerdo con los principios constitucionales no es adecuado , ni justificado, ni proporcionado a derecho modificar las condiciones de las personas beneficiarias del régimen de transición pensional en Colombia, ni mucho menos darle finalización como lo determinó el acto legislativo 01 de 2005. Derecho que en razón a la confianza legítima y a la buena fe que se debe a las instituciones del Estado por parte de ciudadanas y ciudadanos de un país, debe protegerse celosamente.

IV. METODOLOGÍA

Este trabajo investigativo es de carácter cualitativo con un enfoque interpretativo y jurídico sobre el problema a investigar, se utilizó un método hermenéutico de interpretación, sobre aspectos empíricos, analíticos y jurídicos, partiendo no sólo de lo investigado y analizado durante la vigencia del Sistema General de Pensiones- régimen de transición- sino también de lo abordado además en las aulas de clases en varias universidades del país.

1. Tipo de Investigación

Se trata de una investigación jurídica, de tipo analítico, que partió, inicialmente, de la descripción de las teorías de la Doctrina Constitucional y del precedente judicial en Colombia, además de la descripción normativa y jurisprudencial del Régimen de Transición y las sentencias de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia que evidencian la incidencia o el impacto que tienen las interpretaciones de las decisiones judiciales y de las altas Cortes de Colombia, como expresión de la legítima actividad judicial, que hace efectivo o no, el derecho real a la igualdad entre ciudadanas y ciudadanos afiliados al sistema general de pensiones.

2. Referentes metodológicos

En la investigación cualitativa convergen diversas estrategias metodológicas que, a su vez, pueden ser combinadas con el uso de diferentes métodos y técnicas, con el fin de estudiar los contextos e interpretar los fenómenos de acuerdo con los significados

que tienen para las personas implicadas. La metodología, más que un conjunto de procedimientos para el levantamiento de datos, es la representación de la manera como se buscó alcanzar el objetivo general, que es determinar si el régimen de transición en materia pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en Colombia, constituye un derecho adquirido, y los objetivos específicos:

-Determinar el contenido y alcance del Régimen de transición consagrado en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993 con sus respectivas modificaciones contenidas en el artículo 18 de la ley 797 de 2003 , el artículo 4 de la ley 860 de 2003 y el parágrafo transitorio del acto legislativo 01 de 2005.

-Analizar las concepciones sobre mera expectativa, expectativas legítimas y derecho adquirido desde su configuración normativa, jurisprudencial y doctrinal.

-Establecer si el régimen de transición consagrado en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993 reúne las condiciones para ser considerado como un derecho adquirido.

-Examinar la posición jurisprudencial de las altas cortes en Colombia frente al régimen de transición y la teoría de los derechos adquiridos.

-Examinar el impacto de algunos fallos de las altas cortes frente a los beneficiarios del régimen de transición en Colombia en cumplimiento del acto legislativo 01 de 2005.

De los referentes metodológicos hace parte la estrategia: patrones de procedimiento, que materializan el trabajo, y desde los cuales se definen el método, las técnicas y las fuentes de información; y la descripción del diseño: criterios, actividades y decisiones que orientan, confrontan y validan el proceso.

3. Estrategia metodológica

Con la estrategia metodológica se definen los componentes que le son inherentes, como: enfoque, fuentes, técnicas e instrumentos de recolección de información e informantes; a la vez, se materializa el trabajo de investigación. Componentes que se combinan, se confrontan y se validan en la búsqueda constante por obtener mejores comprensiones del tema investigado (Galeano, 2004). En esta línea, el desarrollo de la investigación es de carácter cualitativo con un enfoque interpretativo y jurídico sobre el problema a investigar, se utilizó un método hermenéutico de interpretación, sobre aspectos empíricos, analíticos y jurídicos. A continuación se describen estos componentes.

3.1. Enfoque

El proceso de investigación asume el enfoque cualitativo-interpretativo, entendido como un complejo de argumentos, visiones y lógicas del pensar y del hacer; y como un conjunto de estrategias y técnicas que ofrece ventajas y desventajas para objetos particulares en circunstancias específicas (Galeano, 2004). A partir de este enfoque se interpreta el tema de los derechos adquiridos dentro del sistema general de pensiones, específicamente frente al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

3.2. Método hermenéutico

En cuanto al método hermenéutico de interpretación, sobre aspectos empíricos, analíticos y jurídicos, éste se fundamenta en la conciencia histórica como concepto rector de trabajo, lo que significa, que se debe buscar comprender la tradición en el actuar jurídico para la aplicación de la ley. (Courtis, 2006).

La hermenéutica puede ser asumida a través de un método dialéctico que incorpora a texto y lector en un permanente proceso de apertura y reconocimiento. En este sentido, el texto ha de ser asumido en el proceso de interpretación de discurso; lo que permite homologarlo, desde el pensamiento de Zemelman (1994) con la realidad; ya que desde la perspectiva de él, ésta para ser captada ha de ser concebida como un proceso inacabado, y especialmente en permanente proceso de construcción. Por otra parte, y a modo de complemento, Ricoeur (1998:83) sostiene que: "En la medida que el acto de leer es la contraparte del acto de escribir, la dialéctica del acontecimiento y el sentido tan esencial a la estructura del discurso (.) genera en la lectura una dialéctica correlativa entre el acto de entender o la comprensión (.) y la explicación".

3.3. Investigación jurisprudencial

(Courtis, 2006) la define como la investigación sobre sentencias judiciales, por ello:

Elegida la sentencias o el conjunto de sentencias sobre las que se trabajará, mi sugerencia es la de definir la orientación que se quiere imprimir al trabajo de investigación. La pregunta es: ¿cuál es la

intención predominante para el análisis de estas decisiones judiciales? En línea con lo ya dicho, me parece que las respuestas más importantes a estas preguntas son las siguientes: a) describirlas y sistematizarlas; b) extraer de ellas algunas consecuencias que sirvan para predecir decisiones judiciales futuras; c) criticar las soluciones adoptadas y sugerir la interpretación que debieron haber adoptado los jueces, y que deberían adoptar en casos similares en el futuro; d) sugerir que, dados los resultados a los que lleva su aplicación judicial, la norma aplicada debería modificarse. (Courtis, 2006:129)

Durante el desarrollo de este trabajo se ubicaron los pronunciamientos de las altas Cortes colombianas desde la vigencia de la ley 100 de 1993 hasta el año 2011, haciendo un seguimiento riguroso a su publicación; éste da cuenta de todas las sentencias de constitucionalidad frente a la institución del régimen de transición pensional, así como las sentencias de la jurisdicción ordinaria y contenciosa que de manera importante determinan el tratamiento o no del régimen de transición como una simple expectativa, como una expectativa legítima o como un derecho adquirido; como no es suficiente su ubicación en el tiempo, se hizo necesario analizar el cambio y los avances en materia conceptual, por ello se observa en su análisis la evolución del tratamiento del régimen de transición, afirmando sin lugar a dudas que desde la expedición de la ley 100 de 1993 hasta el año 2002 se trató como una mera expectativa, desde este año hasta el 2004 fue tratado como una expectativa legítima y partir de allí se sigue haciendo un esfuerzo importante por respetarlo como un derecho adquirido en el marco de los cambios efectuados en el ordenamiento jurídico

por el acto legislativo 01 de 2005, que ha puesto en tensión dos derechos constitucionales, el de los derechos adquiridos y el de la sostenibilidad financiera del sistema.

Al mismo tiempo este análisis permitió establecer algunas críticas a los pronunciamientos, especialmente de la Corte Constitucional donde se evidenció una problemática importante de interpretación que ha ocasionado que la rama judicial esté atiborrada de procesos hoy, y coincidir en algunas otras con el Consejo de Estado que ha intentado ser coherente con la determinación del régimen de transición pensional como un derecho adquirido al aplicar en su interpretación las normas vigentes antes de la vigencia de la ley 100 de 1993, en su integridad. Dicho análisis no intenta agotar la interpretación, pone simplemente de presente las discusiones que se han suscitado en 18 años de vigencia del artículo 36 de la ley 100 de 1993. Tampoco propone una norma que pudiera suplir las falencias de la actual, pero si invitar a la reflexión de la sociedad en general, sobre la necesidad urgente de unificar la interpretación de las altas cortes colombianas, frente a los derechos adquiridos en materia pensional como una exigencia para respetar el precedente constitucional o legal.

4. Diseño de la investigación

Son tres las fases del diseño metodológico y cada una corresponde a la búsqueda de respuesta de los objetivos:

- Recolección de material bibliográfico.

- Estudio comparativo de las sentencias de las tres cortes.
- Análisis de la información recaudada.

5. Fuentes y técnicas de recolección de información:

El proceso de investigación consistió, de un lado, en el análisis de las fuentes de información primarias como la *Revisión y análisis documental*: (evolución histórica de la Doctrina Constitucional en Colombia, elementos constitutivos de la Doctrina Constitucional, el Régimen de Transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, las sentencias de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado frente al tema de la Transición y el análisis del Doctrina Constitucional como referente de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado) y secundarias, documentos relacionados con los ejes temáticos. (Ley 100 de 1993, y sus normas reglamentarias y modificatorias, jurisprudencia y doctrina).

CONCLUSIONES

Hoy la doctrina contemporánea ha consolidado una definición de derecho adquirido teniendo como punto de partida la noción de situaciones jurídicas concretas, sin embargo este escrito resalta la definición simple de Josserand en cuanto a que la ley debe respetar los derechos adquiridos sin traicionar la confianza que se tiene en ella, para que las situaciones creadas bajo su protección continúen intactas.

Un Régimen de Transición pensional comporta una garantía de favorabilidad, consistente en la prevalencia o vigencia ultra activa de un régimen anterior frente al posterior que lo deroga, por tener aquel, abolido, ventajas comparativas.

Una vez establecido el régimen de transición pensional, como lo consagra el artículo 36 de la ley 100 de 1993, quienes reúnan los requisitos para adquirirlo consolidan una situación jurídica concreta que no puede ser desconocida, ya que es un derecho subjetivo que le da a su titular el derecho a que se le reconozca la prestación social en las condiciones establecidas en la normatividad anterior, cuando cumpla las condiciones del régimen que invoque.

Las mujeres y los hombres que cumplieron con los requerimientos exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para que se les aplicara el régimen de transición pensional, tienen un derecho adquirido, que obedeciendo los lineamientos trazados

por la doctrina universal debería ser respetado por el legislador, por el ejecutivo y por la rama judicial.

La reglamentación de esta figura jurídica resulta anacrónica como quiera que no ha tenido la evolución normativa y jurisprudencial que se requiere.

En Colombia no existe precedente constitucional, ni jurisprudencial, ni administrativo frente a considerar el régimen de transición pensional como un derecho adquirido.

En los casos o eventos resueltos por la Corte Suprema de Justicia no se respeta el precedente de la Corte Constitucional.

En los casos o eventos resueltos por el Consejo de Estado, esta alta corporación ha tratado de respetar su propio precedente.

En razón al artículo 114 de la ley 1395 de 2010 declarado exequible mediante la sentencia C 539 de 2011 se declara:

En relación con el carácter vinculante de la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes, reiteró la Corte que no se puede interpretar el artículo 230 de la Constitución, en el sentido que la jurisprudencia elaborada por las altas Cortes constituya solo un criterio auxiliar de

interpretación, sin verdadero vinculatoriedad, por razones de (i) coherencia del sistema jurídico, (ii) garantía del derecho a la igualdad, (iii) seguridad jurídica, (iv) interpretación armónica de los principios de autonomía e independencia judicial y otros principios y derechos fundamentales como la igualdad.

En este mismo fallo, se insistió en el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional, cuyo desconocimiento puede implicar incluso la responsabilidad penal de los servidores públicos, no solo de los jueces sino de las autoridades administrativas y de los particulares que desarrollen funciones públicas. Lo anterior, por cuanto las pautas jurisprudenciales fijadas por la Corte, la cual tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, determinan el contenido y alcance de la normatividad fundamental, de tal manera que cuando es desconocida, se está violando la Constitución, en cuanto la aplican de manera contraria a aquella en que ha sido entendida por el juez de constitucionalidad. “.

La Circular 054 de la Procuraduría General de la Nación prescribe que:

“Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salarios de sus trabajadores...para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa

administrativa, por los mismos hechos o pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos”.

La obligatoriedad de identificar la Jurisprudencia constitucional y de la legal con respecto al régimen de transición como un derecho adquirido es una obligación no solamente de los operadores jurídicos, sino principalmente de las facultades de derecho de las instituciones de educación superior.

La obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional y legal está fundamentada en el cumplimiento y respeto por los principios de seguridad jurídica, buena fe guardada e igualdad material.

El desconocimiento de los precedentes constitucionales o jurisprudenciales de las altas cortes en Colombia configura un delito de prevaricato por acción.

Con el fin constatar las dificultades enunciadas en el presente escrito se ejemplifica el esfuerzo por identificar el precedente judicial y constitucional del régimen de transición de la entidad administradora de pensiones más importante y compleja del país , el Seguro Social, que mediante el memorando 1300-3884 del 23 de septiembre de 2011 determina:

Dar aplicación a la interpretación que hace el Consejo de Estado sobre el ingreso base de liquidación para los servidores públicos con

base en la ley 33 de 1985 que corresponde según su interpretación al 75% del salario promedio del último año de servicios.

Para el caso de los trabajadores oficiales por ser su juez natural la Corte Suprema de Justicia con base en la misma ley 33 de 1985, la liquidación del ingreso base de liquidación será la del artículo 21 de la ley 100 de 1993, es decir, sobre el promedio de los salarios devengados dentro de los 10 años anteriores al reconocimiento de la prestación o el de toda la vida laboral, si este le resulta más favorable.

Para terminar , es necesario afirmar que en un Estado Social de Derecho como el que promulga la carta política de Colombia se debe partir de un concepto fundamental sobre justicia, no en sentido formal sino material, es decir, que se encuentra ligado al principio de igualdad y que se formula como el resultado de un derecho constitucional justo para las y los ciudadanos del territorio, en el que todas y cada una de las normas obedezcan a parámetros constitucionales desarrollados por el poder público comprendido por la rama judicial, legislativa y ejecutiva.

BIBLIOGRAFÍA

Afanador Núñez, F. (1999), *El Sistema Pensional Colombiano*, Santa Fé de Bogotá Colombia, Editorial Legis S.A.

Arango Valencia, J. (1983). *Derechos Adquiridos*. Bogotá: librería del profesional.

Arango, R. (2005). *El Concepto de los Derechos Sociales Fundamentales*. Bogotá: LEGIS.

Arenas, G. (2003). *Situación Actual del Régimen de Transición Pensional*. Ponencia presentada en el XXI Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social organizado por el colegio de abogados del Trabajo. Santa Marta, mayo 14 a 17

Arboleda, J. E (1993). *El Derecho Laboral Frente a la Constitución de 1991*. Biblioteca Jurídica Dike.

Bernal Pulido, C. (2005). *El Derecho de los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

BETEGÓN, Jerónimo, GASCON, Marina, DE PÁRAMO, Juan Ramón y PRIETO, Luis. *Lecciones de Teoría del Derecho*. Madrid, Mac Graw-Hill, 1997, p. 249.

Bobbio, N. (1986). *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura económica.

Bower, D. w. (1993). *Aprendiendo a promover la salud*. Recuperado el 5 de 1 de 2012, de <http://es.scribd.com/doc/50625915/Aprendiendo-Inicio-Libro>

Buitrago C, L. A, (1995), *Nuevo Régimen de Pensiones y Seguridad Social en Salud*. Santa fe de Bogotá. Editorial Librería Jurídica Wilchez.

CEPAL. (2006). *El Desarrollo Centrado en Derechos y el Pacto para la Protección Social*. Recuperado el 1 de 11 de 10, de www.eclac.cl/publicaciones/xml/9/24079/lcg2294e_Capitulo_I.pdf

Comité de Derechos Económicos, S. y. (julio de 2010). *Recomendaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al Estado Colombiano*. Recuperado el 12 de octubre de 2010, de www.asc-hsa.org/.../Recomendaciones%20Comité%20Derechos%20economicos%20.pdf

Courtis, C. (2006). *Observar la Ley*. Trotta.

Chinchilla Herrera, T. E. (1999). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá: Temis.

Departamento Nacional de Planeación, P. d. (2005). *2019 Visión Colombia II centenario*. Bogotá: Planeta.

Dueñas, O. J. (2003). *Las pensiones: Teoría, normas y Jursiprudencia* (segunda ed.). Bogotá: Librería Ediciones El Profesional Ltda.

GALEANO MARÍN, María Eumelia. 2004. *Estrategias de investigación social cualitativa: el giro en la mirada*. Medellín: La Carreta Editores, 2004. 239 p.

Gamboa Ladino, J. C. (s.f.). *Regimen constitucional colombiano del sector público*. Recuperado el 5 de enero de 2012, de www.bibliojuridica.org/libros/6/2544/12.pdf
IHSS. (s.f.). *Seguridad Social*. Recuperado el 3 de 2 de 2011, de www.ihss.hn/General/Paginas/SeguridadSocial.aspx

Gómez Gómez, L(1999), *Los errores de la Ley 100 de 1993 en pensiones del sector público*, Santa Fé de Bogotá, Editorial Señal Editora..

Josserand, L. (s.a). *Derecho Civil* (Vol. 1). Europa -América: Editores Buenos Aires.

Mazeaud, H. M. (1959). *Lecciones de Derecho Civil* (Vol. 1). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América.

Pérez Luño, A. (1995). *Derechos humanos, estado de derecho y constitución* (5 ed.). Madrid: Tecnos.

Plazas, G. (1994), *La Nueva Seguridad Social*, Santa Fé de Bogotá, Editorial Linotoja Bolívar.

RICOEUR, P. 1998. *La teoría de la interpretación. Discurso y excedente de sentido*. Madrid: Ed. Siglo XXI.

Uprimny Yepes, R. (1996). *Autoridad y poder del juez. Sentencias con dimensión humana, en el estado social y dempocrático de derecho*. Bogotá: Perfiles liberales.

Villegas Castellanos, A. (1999), *Los nuevos sistemas de seguridad social teoría y práctica*, Santa Fé de Bogotá, Editorial Temis.

Villegas Arboleda, J. (1998), *Derecho Administrativo Laboral*, Santa Fé de Bogotá, Editorial Legis.

Vanegas Castellanos, A. (1994). *Los nuevos sistemas de seguridad social teoría y práctica*. Santa fe Bogotá: Editorial Editemas ABC, ps 89 – 92

ZEMELMAN, H. 1994. "Racionalidad y Ciencias Sociales". En: *Círculo de Reflexión Latinoamericana en Ciencias Sociales*, Cuestiones de Teoría y Método. Ed. Suplementos, Materiales de Trabajo Intelectual N° 45. Barcelona: Ed. Antropos.

Jurisprudencia:

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-587 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón, del 12 de noviembre de 1992.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-529 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Del 24 de noviembre de 1994.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-126 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara, del 22 de Marzo de 1995.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-168-1995, M. P. Carlos Gaviria Diaz, del 20 de abril de 1995.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-584 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández, del 7 de diciembre de 1995.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-147 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell, del 19 de marzo de 1997.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-237 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz, del 20 de mayo de 1997.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-350 de 1997, MP. Dr. Fabio Morón Díaz, del 29 de julio de 1997.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-410 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara, del 28 de agosto de 1997.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-584 de 1997 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, del 13 de noviembre de 1997.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-596 de 1997 M P. Vladimiro Naranjo Mesa, del 20 de noviembre de 1997.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia C-125 de 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-926 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz, del 19 de julio del 2000.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia C-252 de 2001, M. P. Carlos Gaviria Díaz, del 28 de febrero de 2001.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, del 9 de agosto de 2001.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-789 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil, del 24 de septiembre de 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1056 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, del 11 de noviembre de 2011.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-038 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, del 27 de enero de 2004.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 314 DE 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, 1 de abril de 2004.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-754 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis, del 10 de agosto de 2004.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1024 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil, del 20 de octubre de 2004.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-181 de 2006, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, del 8 de marzo de 2006.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 472 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, del 14 de junio de 2006.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 604 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería, del 1 de agosto de 2006.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 740 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, del 30 de agosto de 2006.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 986 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, del 29 de noviembre de 2006.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-804 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, del 27 de septiembre de 2006.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 153 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño, del 7 de marzo de 2007.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 178 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, 14 de marzo de 2007.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-180 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, del 14 de marzo de 2007.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-216 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, del 21 de marzo de 2007.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 277 de 2007, M.P Humberto Antonio Sierra Porto, del 18 de abril de 2007.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 292 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, del 25 de abril de 2007.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 317 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, del 3 de mayo de 2007.

CORTE CONSTITUCIONAL, C - 539 de 2011, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva del 6 de julio de 2011.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 002 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, del 8 de mayo de 1992.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 06 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, del 12 de mayo de 1992.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 401 de 1992, Eduardo Cifuentes Muñoz, del 3 de junio de 1992.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 406 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón, del 5 de junio de 1992.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 426 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, del 24 de junio de 1992.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 486 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, del 11 de agosto de 1992.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 505 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, del 28 de agosto de 1992.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-116 de 1993, M.P. Hernando Herrera Vergara, del 26 de marzo de 1993.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Sexta de Revisión, Sentencia T-181 de 1993, M. P. Hernando Herrera Vergara, del 7 de mayo de 1993.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-539 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, 22 de noviembre de 1993.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-111 de 1994, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell, del 11 de marzo de 1994.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T 550 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, del 2 de diciembre de 1994.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-295 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero, del 4 de mayo de 1999.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-568 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, del 10 de agosto de 1999.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-586 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-630 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, del 30 de agosto de 1999.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 671 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-770 de 2000, M.P. Alejandro Martínez, del 22 de junio del 2000.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 491 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, del 11 de mayo de 2001.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-534 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño, del 21 de mayo de 2001.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-887 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, del 16 de agosto de 2001.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 961 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, del 6 de septiembre de 2001.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 1044 de 2001, M.P. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 235 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, del 4 de abril de 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-631 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, del 8 de agosto de 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 660 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, del 15 de agosto de 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-169-03. M. P. Jaime Araujo Rentarúa, del 27 de febrero de 2003.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T - 249 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre LyneTT, del 21 de marzo de 2003.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-671 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-923 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, del 9 de octubre de 2003.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 147 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, del 24 de febrero de 2006.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-566 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo del 6 de agosto de 2009.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 651 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, del 17 de septiembre de 2009.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 176 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, del 12 de marzo de 2010.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia SU 120 DE 2003 M. P. Álvaro Tafur Galvis. S. V: Jaime Araújo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia SU-062 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, del 3 de febrero de 2010.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia SU-430 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, del 19 de agosto de 1998.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia SU 995 DE 1999.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia SU- 562 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero, del 4 de agosto de 1999.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia SU-1354 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell, del 4 de octubre de 2000.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia SU-047 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, del 29 de enero de 1999.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 28 de Julio de 2000, M.P. José Roberto Herrera Vergara, Exp. 13521 Acta N° 11.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 27 de Marzo de 1998, M.P. Germán Valdez Sánchez, Exp. 11128 Acta N° 36.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Radicado 9441, acta 16 del 28 de mayo de 1998, M.P. Ramón Zúñiga Valverde.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Radicado 10406, salvamento de voto de abril 22 de 1998. M.P. Rafael Méndez Arango.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Radicado 9876, acta 35 del 22 de septiembre de 1997. M.P. Rafael Méndez Arango.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Radicado 1 7964 - 95, 4 de diciembre de 1995. M.P. Francisco Escobar Rodríguez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de Homologación, Radicado 8989, En Jurisprudencia y Doctrina, octubre de 1998. pgs. 1384 – 1385

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de Homologación, Radicado 9399, 27 de noviembre de 1996. M.P. Ramón Zúñiga Valverde.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de Homologación, Radicado 9735, 26 de febrero de 1997. M.P. José Roberto Herrera.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de Homologación, Radicado 9687, 27 de mayo de 1997. M.P. Germán Valdez Sánchez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de casación, 29 de julio de 1998, M.P. José Roberto Herrera.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de Homologación, Radicado 11672, 8 de febrero de 1999, M.P. José Roberto Herrera Vergara.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de Casación, Radicado 13410, 28 de julio de 2000, M.P. Germán G. Valdés Sánchez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de Casación, Radicado 9441 del 28 de mayo de 1998, M.P. Ramón Zúñiga Valverde.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de Casación, Radicado 10406 del 22 de abril de 1998, M.P. Rafael Méndez Arango.

CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 20 de Febrero de 1996, Consejera Ponente María Eugenia Samper Rodríguez, Expediente. 16716.

CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 10 de Abril de 1997, Consejero Ponente Javier Días Bueno, Expediente. 12031.

CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 12 de agosto de 2002, Consejero Ponente Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Expediente 0418.

CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 31 de julio de 1997, Consejero Ponente Augusto Trejos Jaramillo, Expediente. 0992.

CONSEJO DE ESTADO, 12 de septiembre de 1996, Consejero Ponente Javier Díaz Bueno, Expediente. 8073.

CONSEJO DE ESTADO, 12 de septiembre de 1996, Consejero Ponente Carlos Orjuela Góngora, Expediente. 8073.

CONSEJO DE ESTADO, 14 de noviembre De 1996, Consejero Ponente Carlos Orjuela Góngora, Expediente 7192.

CONSEJO DE ESTADO, 10 de abril de 1997, Consejero Ponente Javier Díaz Bueno, Expediente 12031.

CONSEJO DE ESTADO, 23 de octubre de 1997, Consejero Ponente Dooly Pedraza Arenas, Expediente. 16406.

CONSEJO DE ESTADO, 25 de marzo de 1999, Consejero Ponente Carlos Orjuela Góngora, Expediente. 1236.

CONSEJO DE ESTADO, 10 de junio de 1999, Consejero Ponente Javier Díaz Bueno, Expediente. 3004.

CONSEJO DE ESTADO, 2 de marzo de 2000, Consejero Ponente Luis Camilo Osorio Isaza, Expediente. 1257.

CONSEJO DE ESTADO 10 de septiembre de 2003 Consejera Ponente Margarita Olaya, Expediente 452610

CONSEJO DE ESTADO 12 febrero 18 de 2010 Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez, Expediente 102008

CONSEJO DE ESTADO 12 de febrero de 2009 Consejera Ponente Berta Lucía Ramírez, Expediente 1732-08

CONSEJO DE ESTADO 26 de agosto de 2010 Consejero Ponente Víctor Eduardo Alvarado Ardila. Expediente 1738-008.

CONSEJO DE ESTADO 4 de agosto de 2010 Consejero Ponente Víctor Eduardo Alvarado Ardila. Expediente 0112-009.

CONSEJO DE ESTADO 25 de marzo de 2010 Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero. Expediente 1415-07

Legislación:

Acto Legislativo 01 de 2005, Diario Oficial 45.980 del 22 de julio de 2005.

Constitución Política Colombiana, Editorial Señal Editora, Medellín, 2009.

Constitución Nacional de 1886

Decreto 3135 de 1968, Diario Oficial No. 32.689 de 20 de enero de 1969.

Decreto 758 de 1990, Editorial, Legis, Bogotá, 1992.

Decreto 692 de 1994, Diario Oficial No. 41.289, del 30 de marzo de 1994.

Decreto 691 de 1994, 29 de marzo de 1994.

Decreto 813 de 1994, 21 de abril de 1994.

Decreto 1160 de 1994, Diario Oficial No. 41.385, del 9 de junio de 1994.

Decreto 1161 de 1994, Diario Oficial No. 41.385, del 9 de junio de 1994.

Decreto 1158 de 1994, Diario Oficial No. 41.83, del 8 de junio de 1994.

Decreto 1068 de 1995, Diario Oficial No. 41903. Del 23 de junio de 1995.

Decreto 2143 de 1995, Diario Oficial No 42.166, de 28 de diciembre de 1995.

Decreto 917 de 1999, Diario Oficial No. 43.601, del 9 de junio de 1999.

Decreto 2527 de 2000, Diario Oficial No. 44.250, del 6 de diciembre de 2000.

Decreto 1730 de 2001, Diario Oficial No. 44.534, del 28 de agosto de 2001.

Decreto 2463 de 2001, Diario Oficial No. 44.622, del 21 de noviembre de 2001.

Decreto 3800 de 2003, Diario Oficial 45416 de diciembre 30 de 2003.

Decreto 510 de 2003, Diario Oficial 45.118 del 6 de Marzo de 2003.

Decreto 3995 de 2008, Diario Oficial 47.145 del 17 de octubre de 2008.

Decreto 4463 de 2011, Diario Oficial No. 48.264, del 25 de noviembre de 2011.

Decreto 4796 de 2011, Diario Oficial No. 48.289, de 20 de diciembre de 2011.

Decreto 4798 de 2011, 20 de diciembre de 2011.

Decreto 4799 de 2011, Diario Oficial 48289, del 20 de diciembre de 2011.

Decreto Ley 019 de 2012, Diario Oficial 48.308 del 10 de enero de 2012.

Ley 6 de 1945, Diario Oficial 25790 del 19 de febrero de 1945.

Ley 74 de 1968, Diario Oficial No. 32.682 de 30 de diciembre de 1968.

Ley 13 de 1972, Diario Oficial No 33.778, del 1 de febrero de 1973.

Ley 65 de 1981, Diario Oficial No. 35.897 de 3 de diciembre de 1981.

Ley 4 de 1982, Diario Oficial No. 35.930 de 25 de enero de 1982.

Ley 33 de 1985, Editorial Librería Jurídica Sánchez Limitada. Medellín 1988.

Ley 71 de 1988, del 19 de diciembre de 1988.

Ley 100 de 1993, editorial, Legis, Bogotá, 2009.

Ley 86 de 1995

Ley 516 de 1999, Diario Oficial No. 43.656, de 5 de agosto de 1999.

Ley 860 de 2003, Diario Oficial No. 45.415 de 29 de diciembre de 2003.

Ley 789 de 2002, Diario Oficial No 45.046 de 27 de diciembre de 2002.

Ley 797 de 2003, Diario Oficial No. 45.079 del 29 de enero de 2003.

Ley 1098 de 2006, Diario Oficial 46446 de noviembre 08 de 2006.

Ley 1257 de 2008, Diario Oficial No. 47.193 de 4 de diciembre de 2008.

Ley 1295 de 2009, Diario Oficial No. 47.314 de 6 de abril de 2009.

Ley 1395 de 2010 Oficial No. 47.768 de 12 de julio de 2010.

Ley 1437 de 2011, Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011.

Ley 1438 de 2011, Diario Oficial No. 47.957 de 19 de enero de 2011.

Ley 1496 de 2011, Diario Oficial No. 48.297 de 29 de diciembre de 2011.

Procuraduría Circular 054 del 3 de noviembre de 2010

Memorando 1300- 3884 del 23 de septiembre de 2011, Seguro Social