

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

M.P. DR. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	76001-31-05-011-2018-00153-01
DEMANDANTE:	JORGE ELIECER WILCHES
DEMANDADO:	COLPENSIONES
ASUNTO:	Consulta Sentencia No. 44 del 30 de enero de 2020
JUZGADO:	Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Pensión de vejez

SALVAMENTO DE VOTO

El suscrito considera no ser aplicable el **Acto Legislativo 01 del año 2005** particularmente el **parágrafo transitorio 4º** al disponer finitud al régimen de transición, situación que se fundamenta en:

I) RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES AÚN EN EL CASO DE NORMAS DEL CONSTITUYENTE DERIVADO Y EN LAS ESTUDIADAS CON SENTENCIA DE EXEQUIBILIDAD.

1. Los actos legislativos a pesar de tener como finalidad poder modificar la Constitución, al ser esa su esencia, son actos como tal solo del constituyente derivado, y no del primario, por lo que son afectos del control de constitucionalidad, bien mediante la *acción de constitucionalidad* o por medio de la *excepción de inconstitucionalidad*, realidad que se ha visto en Colombia para uno y otro caso, en el primero de manera total o parcial, como ejemplo se tiene el **acto legislativo 02 de 2003 y el 02 de 2007**, y en el segundo control, su posibilidad se ha decantado en vía de tutela, tal como lo ha postulado el **Consejo de Estado en providencia del 8 de mayo de 2014** pero también se ha dado vía a la inaplicabilidad de requisitos pensionales, elevados a pesar de ser a nivel de acto legislativo.

1.1 En este examen también se hace menester denotar que el **acto legislativo 01 de 2005** fue objeto de demanda de inconstitucionalidad, siendo las sentencias relacionadas con el régimen de transición definidas mediante sentencias inhibitorias, hubo salvamento el cual consideró inconstitucional ese acto legislativo al sustituir la Constitución (**sentencias C-153 de 2007 y C-216 de 2007**).

1.2 La corte constitucional cuando estudio la constitucionalidad de las leyes posteriores a la **ley 100 de 1993** que intentaron acabar con el citado régimen, precisamente por el desconocimiento del legislador ordinario de esa protección constitucional, declaro sin apego a la carta política las normas que desconocían el régimen de transición, siendo de fondo y de forma el sin sentido constitucional, cosa que comparte ésta sala de decisión, siendo propio para el examen señalar también la existencia de varios salvamentos de voto.

Tampoco con el referendo derogatorio del **año 2003** con la pregunta referente a la modificación de las normas pensionales y su protección se consiguió la voluntad popular, dado que el pueblo colombiano no acepto ese cambio constitucional sobre el límite del régimen de transición.

Pero es del caso señalar que el respeto a la constitución puesto de presente por la corte al declarar inexecutable ese intento reformativo y violentador de la constitución, no desaparece por la clase del

medio jurídico utilizado, pues hay seguridad de que atenta contra la constitución, de modo que siempre hay o existe esa carga de inconstitucionalidad, por lo que la pregunta no es si con el uso del acto legislativo desaparece el contenido inconstitucional de esa reforma, sino si el acto legislativo, como acto reformativo de la constitución, deba respetar los derechos fundamentales, asunto que le compete al operador del derecho realizar o examinar, pues sin sentido se hace aplicar a una determinada situación concreta aspectos contrarios a la carta política.

Téngase de presente, que el régimen de transición, le permitió en su época a un gran sector de la población conservar el derecho a pensionarse conforme a las normas anteriores más favorables, por ser o estar más próximos a la edad o a los servicios para la pensión y por la racionalidad y proporcionalidad de la medida permitió también en su momento (**ley 100 de 1993**) modificar en Colombia la situación pensional del otro resto de afiliados a la seguridad social, lo que enseñó su carga de razonabilidad y proporcionalidad, lejos de ser nuevo capricho legislativo si no obedecer a motivaciones cantales en la confesión de políticas pensionales

1.3 En esa decantación es preciso señalar que los actos legislativos por el hecho de no tener o existir sentencia de inexecutableidad en su contra, cosa que se debe buscar dentro del término de caducidad existente para incoar las demandas respectivas, no salen del espectro de examinación de su constitucionalidad, pues por ese hecho no ganan más constitucionalidad, continúan siempre con su calidad o proveniencia, son del constituyente derivado más no del primario, de ahí que su aplicabilidad emerja en cada caso, y depende del particular respeto dado a la constitución, pues la ausencia de sentencia de constitucionalidad para nada deja sin efecto el imperio del **Art. 4 de la C.N.**

2. Veamos ahora casos puntuales en donde se destacan derechos fundamentales y bienes constitucionales:

2.1 Conforme a la jurisprudencia de la **Corte Constitucional** es aceptado no dar aplicación a las normas que en un momento dado afecten derechos fundamentales, incluso con normas que han sido materia de sentencias de executableidad, sí en ese estudio no se puntualizó comprometer o no dar brillo a los derechos fundamentales, para el caso se tiene lo referido en relación con la **sentencia C-506/2001** pues a pesar de esa executableidad no se estudió en ese momento la afectación al derecho al mínimo vital, de ahí que se negara la nulidad propuesta a la Sala Plena en contra de la **sentencia T-712 de 2001**, precisamente por no acatar la anterior sentencia C, asunto que se dilucido mediante **auto 068 del año 2014**.

2.2 Realidad tuitiva que no es nueva por cuanto ya la corte constitucional en la sentencia **T- 330 del año 2010** planteó como hipótesis afiliar a una persona como beneficiario adicional al régimen contributivo de salud, a pesar de existir norma declarada executable que disponía lo contrario, todo si se comprometían derechos fundamentales.

2.3 El **Consejo de Estado** reivindica el respeto a los derechos fundamentales incluso ante los actos legislativos, lo que plasmó en la tutela dictada y decidida por la **sección primera el 8 de mayo del año 2014 en el expediente con radicación 000 2014 00324 01(AC)** al indicar posible jurídicamente el caso de la inexecutableidad de la norma del constituyente derivado sí en desarrollo de esa norma se violentaba un derecho fundamental, cosa que en ese caso específico no se presentó, por lo que se negó la acción, señalando para el efecto lo propio de la acción de constitucionalidad.

2.4 Del mismo modo la Corte Suprema de justicia, para los efectos, su Sala laboral, ha señalado como fin de la casación, el respeto de los derechos de naturaleza constitucional y fundamental: *"bajo esa óptica, y en el entendido de que en el presente asunto se debate un derecho mínimo e irrenunciable que además es de naturaleza constitucional y fundamental – como claramente lo es el derecho a la pensión- es que se abordará el estudio de la demanda de casación"*, conforme lo estatuye el **Art.7 de la ley 1285 de 2009** reformativa del **Art.16 de la ley 270 de 1996**, asunto expresado en la **sentencia del 30 de abril del año 2014 SL 5863 del 2014**, fin al cual por supuesto también están comprometidos los tribunales superiores y los jueces de esa jurisdicción.

2.5 Todas las altas Cortes Nacionales hoy en día inaplican el requisito de la fidelidad pensional a pesar de entenderse incluido como tal dentro del mandato del acto legislativo 01 del año 2005, particularmente, en su inciso tercero del artículo primero, lo que hizo el constituyente derivado al ocuparse de la tipología de las pensiones, de modo particular, ordena cumplir además de sus requisitos básicos, las demás condiciones de la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la pensión de invalidez.

2.6 El párrafo adicionado al **Art.334 de la C.N.** mediante el **acto legislativo 03 del año 2011** señala no dar interpretación ni aplicación en caso de violación de un derecho fundamental al principio de sostenibilidad presupuestal, situación que explicita la corte constitucional en la **T 832A del año 2013**. Es de considerarse que este principio de la sostenibilidad presupuestal o financiera es la piedra fundamental en la que se finca la jurisprudencia nacional para entender extinguido, es decir, con finitud, si llega su límite, el régimen de transición pensional, dado que así lo explicita y dispuso el **acto legislativo 01 de 2005**, tal como lo dice la **Corte Constitucional en la tutela 191 del año 2104**.

Es menester señalar para el efecto que el mandato del referido párrafo del **Art.334 de la C.P.**, no es medida reluciente solo ahora con el **acto legislativo 03 del año 2011**, pues desde el **acto legislativo 03 del año 1910** se dio de modo constitucional en Colombia el control difuso de la constitución, entrando en esa batería de control constitucional particular en el mundo, el del ciudadano del común sobre las normas mediante la acción de constitucionalidad y el de los operadores del derecho vía la excepción de constitucionalidad, sin que esta forma de control de los aplicadores del derecho haya tenido antes ni ahora o después del **acto legislativo 03 del año 2011** restricción en materia alguna, sí se señala por la jurisprudencia que esa incompatibilidad con la constitución debe ser protuberante; suceso que se concreta finalmente, en la afectación de bienes constitucionales de gran resonancia para nuestro ordenamiento jurídico, como lo son, para el estudio en cuestión, los derechos fundamentales y los principios constitucionales.

2.7 Se debe acotar que el origen de la excepción de inconstitucionalidad en Colombia tuvo como causa hacerle frente a la norma del **Art 6° de la ley 153 de 1887**, la que fuere dictada un año después de la **constitución de 1887**, en la que se ordenaba dar aplicación a las leyes posteriores a la constitución vigente aunque parecieran inconstitucionales, razón por la cual en **1910** con la reforma al **art. 40** de esa constitución aparecieron esos controles.

Garantía dada a la sociedad y a los ciudadanos sin división alguna, se concibió para todos los derechos y los casos de incompatibilidad de las leyes con la constitución. Se señala que hoy en día no tiene relevancia para esta protección: **i)** si se trata de derechos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales pues todos los derechos constitucionales son fundamentales, **T-790A de 2012**, **ii)** el origen de las leyes, como más adelante se tratara, para el caso en estudio, importa que sean, derechos fundamentales o que se trate de bienes constitucionales.

2.8 Por ultimo para el debido análisis no hay que olvidar que los principios constitucionales poseen la naturaleza de norma jurídica, en el sentido de marcar una directriz al momento de aplicar las reglas de derecho, según se dijo también en la sentencia de la **Sala Laboral del 25 de julio del año 2012**, **Magistrados Ponentes Carlos Ernesto Molina Monsalve y Luis Gabriel Mirando Buelvas**, **radicación 38.674**.

II) FUNDAMENTALIDAD DEL DERECHO A LA PENSIÓN Y EL RESPETO A LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA PENSIONAL.

1°. La valiosa primacía existente en nuestra constitución de los derechos fundamentales, que deviene de su antropocentrismo y la amalgama de herramientas jurídicas decantadas para su triunfo, hacen menester indagar para el caso la fundamentalidad del derecho a la pensión, catalogación que ha sido de esa forma declarada de modo específico por las altas cortes nacionales, la Sala laboral de la corte suprema de justicia en la sentencia ya memorada **SL 5863 2014 radicación 46013** así lo dijo, y la Corte Constitucional lo ha expresado, en las **sentencias t 642 de 2010 y t- 477 de 2013**.

1.1 En este caso se trata de una persona que a la fecha cuenta con **59 años de edad (fl. 10)**, a la presentación de la demanda contaba con 56 años(fl.17), y durante su vida laboral, que lo fue de más de 20 años interrumpidos, comenzó su afiliación desde el **18 de octubre de 1988 (fls.38/43)**, que contaba con **35 años** de edad a la vigencia del régimen de transición, por lo que cumplió la edad pensional en el año 2013, sin embargo continuó cotizando al sistema hasta el **30 de junio de 2014 (fls. 38/43)**, pero que con el advenimiento del acto legislativo el derecho fundamental a la pensión de vejez le mantenía solo si para la fecha de su vigencia tenía **750 semanas** de cotización y hasta el día **31 de diciembre del año 2014** o si reunían todos los requisitos pensionales de la vieja norma antes del **31 de julio del año 2010**, es decir, a las personas que alcanzaron a cumplir las exigencias antes de esa fecha sí se pensionan, siendo su derecho fundado en el régimen de transición, pero los que no y también pertenecían al régimen de transición, por una norma posterior vienen a perderlo, estando para el **1° de abril de 1994**, fecha de vigencia del sistema general de pensiones (**Art.151 de la ley 100 de 1993**), en igualdad de situaciones fácticas y jurídicas, frente a todos los otros que si se pensionaron.

De ahí que le resultaría simplemente legal – pero con compromiso constitucional- cotizar un número mayor de semanas para gozar de la pensión de vejez, las exigidas por la nueva ley de seguridad social, la ley **100 de 1993** modificada por la ley **797 del año 2003**, es decir, se les desconoce que el derecho a la pensión en este caso no solo torna Derecho Fundamental, sino que el desconocimiento constitucional opera al desatender un derecho de protección Constitucional, como lo es el Derecho adquirido al Régimen de Transición.

2. La sostenibilidad financiera del sistema no es nueva en la vida nacional de la seguridad social en pensiones, fue materia de preocupación legal, mediante precepto vigente a la fecha de vigencia del **acto legislativo de 2005** lo decía el **art.35 del decreto 3041 de 1966** que así lo es por mandato del **Art.31 de la ley 100 de 1993**.

Esta realidad obliga a tener en cuenta que la historia nacional enseña que al derecho a la pensión de vejez acceden muy pocos, siendo también muy reducido el número de quienes se afilian y continúan activos dentro del sistema pensional, lo que es más difícil teniendo ahora la edad de pensión y correr en Colombia un desempleo del **10%** en la población.

Debido a eso el poder conseguir empleo suficiente para subsistir y además cotizar será cada vez más reducida para esa población en estado de pensión, por lo que el reclamante engrosaría el grupo de personas que sin su pensión de vejez vería afectada su dignidad humana y subsistencia, léase vivir del amparo caritativo de familiares o allegados, pues como le acontece a la mayoría de la población colombiana viven de su esfuerzo laboral, pero que ahora por contar con esa edad, la edad del descanso razonable, se les hace más arduo alcanzar ese número mayor de semanas de cotización exigidas, aunado a la desesperanza que le produce haberle cumplido a la sociedad con todas las cotizaciones y años de servicios que el legislador le dispuso que cumpliera, -confianza legítima- lo que se estableció precisamente porque no afectaba la disponibilidad presupuestal del sistema pensional, pero que ahora paradójicamente se presenta como razón para extinguirle el derecho al régimen de transición, siendo cierto que para cuando nació el régimen de transición estaba vigente la obligación legal de realizar un análisis actuarial de la situación financiera y de las consecuencias económicas que impliquen las modificaciones o reajustes, que se sabe, no puede aplicarse cuando se afecten estos derechos, tensión que al contrario de solucionarse pone de manifiesto el compromiso garantista propio del estado social de derecho, que precisamente la constitución de 1991 instauro para defensa de los derechos fundamentales, que es lo que se trata de proteger en esta examinación.

4

III) LA PROTECCIÓN DEL ART.58 DE LA C.P. A LOS DERECHOS ADQUIRIDOS Y DERECHO AL REGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL DEL ART.36 DE LA LEY 100 DE 1993.

1. El respeto que enseña el **art.58 de la C.N.**, a la propiedad privada y a los derechos adquiridos, es asunto de necesaria consideración para el caso, por lo que se hace materia de estudio indagar sobre la condición jurídica del derecho al régimen de transición, de manera especial, si debe tenerse como derecho adquirido o solo como expectativa legítima pensional, siendo cierto que en el citado acto legislativo al menos de forma expresa no se le trata como derecho adquirido, de ahí que considerara el constituyente derivado propio colocarle finitud, fincado en el principio de sostenibilidad presupuestal del sistema pensional, sin parar mientes que en las **sentencias C-168 de 1995, C-235 de 2002, C-789 de 2004, C-177 de 2005, T-818 de 2007, T-235 de 2002, T-534 de 2001 y T-169 de 2003**, en los que se ha definido el carácter de derecho adquirido y de protección constitucional, al punto de declararse contrario a la CN las reformas que intentaron modificarlo.

1.1. Pero es de ver que esta situación especial se consideraba desarrollada y superada conceptualmente como derecho adquirido por la propia corte constitucional dada las precisiones de la **Tutela 398 del 4 de junio de 2009, M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub**, en donde se le trató como derecho adquirido y por eso se respetó el derecho a la pensión: *“Una vez establecido el régimen de transición, por su naturaleza jurídica generó controversias en torno a qué sucedía con la persona que cumplía el requisito de la edad o el tiempo de cotización, pues una parte de la doctrina asumía que era un derecho adquirido y otra afirmaba que era una expectativa respecto al goce efectivo del derecho pensional”* lo cual se definió en esa misma sentencia al indicarse: *“En esas condiciones, las personas que cumplieron con los requisitos necesarios para estar en el régimen de transición, están en pleno derecho de exigir se les aplique el régimen anterior más favorable. Con base en la anterior conclusión, es pertinente establecer si la señora Maricel Posso Ramírez cumple con los requisitos del régimen de transición que exige el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y de ser así, analizar si de acuerdo*

con el régimen anterior contenido en el Decreto 758 de 1990 artículo 12, cumple con los presupuestos necesarios para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez.”, consideración que debe tenerse en cuenta fue dictada después del acto legislativo y existiendo sentencia de constitucionalidad en donde se postulaba la conclusión contraria, lo que había ocurrido, entre otras, en la **sentencia C-663 del año 2007**, en donde se decía: “Los regímenes de transición, en consecuencia, (i) recaen sobre expectativas legítimas de los asociados y no sobre derechos adquiridos; (ii) su fundamento es el de salvaguardar las aspiraciones de quienes están cerca de acceder a un derecho específico de conformidad con el régimen anterior y (iii) su propósito es el de evitar que la subrogación, derogación o modificación del régimen anterior, impacte excesivamente las aspiraciones válidas de los asociados, especialmente si existe la posibilidad de minimizar esa incidencia y de armonizar las expectativas ciudadanas y los cambios legislativos a través de un régimen de transición”.

1.2. Caracterización que para el **Consejo de Estado** amerita en caso de desconocimiento del régimen de transición la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad. **Sentencia del 4 de agosto del año 2010, rad.2004 6145 01(2533 07)**, también esta Corporación se ha pronunciado sobre el carácter de situación concreta y derecho subjetivo del régimen de transición, lo que ha hecho en las sentencias del **24 de abril de 2009, 18 de febrero y 25 de marzo de 2010**.

1.3. La Corte suprema de justicia en su sala laboral se ha pronunciado de igual forma respecto de los derechos surgidos con ocasión de los regímenes de transición, los que tienen como antecedentes de la **ley 100 de 1993, ley 6 de 1945, ley 33 de 1985, ley 90 de 1946**, el **C.S.T** y el **Decreto 3041 del año 1966**, de este último en la **sentencia STL – 572 del año 2014** se expresó:

“Es de advertir, en primer lugar, que en nada incidía para el caso el hecho de que el contrato de trabajo terminara luego de los 10 años previstos en el Parágrafo, el 20 de septiembre de 1977, pues el actor, por encontrarse en la situación prevista en el mandato del último inciso del artículo 76¹ de la Ley 90 de 1946, ya tenía asegurado que, en ningún caso, las condiciones para adquirir la pensión podían ser menos favorables que las establecidas para él en la legislación anterior. Norma de orden legal que no le puso límite de tiempo a la transición.”

2. La clara advertencia de la tensión producida por la aplicación del acto legislativo y la alegada afectación de los derechos adquiridos exige la conceptualización de su noción, pulsión que se cree se da al advertirse en el **Acto Legislativo 01 del año 2005** de manera literal se contempla en varias ocasiones total respeto a los derechos adquiridos, es más, para ser más exactos en tres apartes de la norma, situación permisiva también para indicar el apego del constituyente derivado al **Art. 58 constitucional**, pero es la tesis de la providencia: desconocerse en el acto legislativo los derechos adquiridos al colocarle techo temporal al régimen de transición, que es lo que deja sin piso y se constituye en razón de la aplicación negativa del régimen de transición. Tal como se hace en la ya recordada **sentencia de tutela 191 del año 2014**, entre otras muchas, solo que se cita esta por lo reciente.

2.1. En esa delimitación conceptual del término se cree propio considerar que las meras expectativas, las expectativas legítimas y los derechos adquiridos son figuras que devienen del mundo de las obligaciones y de la teoría general del derecho, y por eso mismo admiten reseñar el original culto del sistema jurídico occidental a la propiedad privada, como derecho fundamental reluciente en la concepción de los derechos civiles y políticos, derechos ideados y respetados desde los romanos y los primeros albores de la revolución francesa, sitio que luego vino a concederse a los derechos sociales bajo la teorización de verdaderos derechos subjetivos, situación que comenzara con la ideas de los deberes sociales, para con esa aceptada realidad teórica marcar el campo de los derechos adquiridos de carácter social.

2.2. Pero véamelos ahora en el derecho a la pensión de vejez o de jubilación en donde siempre se los ha distinguido: hay meras expectativas, expectativas legítimas y derechos adquiridos; de las primeras se sabe no tienen ninguna protección (**art. 17 ley 153 de 1887**), las segundas, en cambio, han sido objeto de especial protección, más en casos de tránsito legislativo, por ejemplo fíjese cómo en la subrogación pensional de la **ley 90 de 1946** y el **decreto 3041 de 1966**, el legislador protegió de manera especial a quienes contaban con expectativas pensionales de más consolidación a las meras expectativas, es decir legislativamente se les protege, léase para quienes tuviesen más de 10 y menos

de 20 años de servicio al **1º de enero de 1967**, disponiéndose para ellos las pensiones compartidas. También con el **artículo 267 del CST y la ley 171 de 1961**, al crearse la pensión sanción, como protección ante el despido injustificado que impedía originalmente en el régimen empresarial llegar a jubilarse, dándose a estos trabajadores de 10 y menos de 20 años de servicio la pensión sanción, lo que posteriormente se conservó incluyéndola como protección a la seguridad social en el **art. 133 de la ley 100 de 1993**.

2.3. Pero ¿qué es lo deseado relieves para el caso de las expectativas legítimas?: que la expresa y positivada protección que el hacedor de las leyes les dispuso, por tener más que una mera expectativa pensional, al tener en todo caso más de 10 años de servicio, les configuro para la pensión compartida, un derecho cierto al goce de la completud de la pensión original, figura con la cual no perderían en últimas el derecho a gozar de la pensión con el mismo monto de la normativa anterior, solo que después de los 60 años el ISS lo pagará, y el empresario si hay un mayor valor, atenderá esa parte, sin que se pudiese pensar, antes ni ahora que el derecho cierto de gozar del monto total de la pensión, que es un derecho adquirido, pueda una ley posterior eliminar ese tope mayor, que en términos pragmáticos sería tanto como que el legislador una vez el trabajado llegue a la edad de los 55 años para acceder a la pensión empresarial, disponga que el derecho al mayor valor diferencial cuando llegue a la edad de la pensión de vejez ya no surte efectos, es decir, lo derogue o elimine para quienes no hubiesen cumplido esos 60 años a la fecha de la nueva disposición. En el caso de la pensión sanción, se cree se hace más fácil visualizar la noción del derecho adquirido, pues quien antes de cumplir la edad de goce de la pensión (**50 o 60 años, art 267 CST, modificado por el art. 8º de la ley 171 de 1961**) puede reclamarla aún antes de la fecha de disfrute, sin que haya lugar a la excepción de petición antes de tiempo precisamente porque esta pensión especial no se configura atendiendo la edad del trabajador, esta solo es una fecha indicada para su disfrute, de ahí que se afirme estarse ante el derecho adquirido a la pensión sanción, (**sentencia CSJ-SCL rad. 38.885, del 10 de agosto de 2010, M.P. Luis Javier Osorio López**), siendo cierto que el legislador no podría desconocer si los supuestos de la norma ya han sido materializados, aunque no se hubiese llegado a la edad de disfrute. (**Sentencia 13 de marzo de 1970, G.J., cxxxiii, 363**)

6

3. La doctrina nacional también se ha pronunciado respecto de la naturaleza jurídica del régimen de transición, tal como lo hace el **Dr. Álvaro Quintero Sepulveda** en su obra **“pensiones del Sector Público: La Transición Continúa, jurisprudencia de las altas cortes”**, manifestando después de hacer un recuento de varias sentencias de la Corte Constitucional, del **Consejo de Estado** y de la **Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia**, que en efecto no ha existido una posición uniforme de nuestras altas cortes sobre el tema, e incluso aduce: *“Ahora, con fundamento en la consideración de la transición como un derecho adquirido (T-818 de 2007), por su naturaleza laboral este deviene irrenunciable y, por ende, la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabarlo (art. 53 superior). Bajo tal consideración, tanto tienen derecho al traslado de régimen las personas que a 1º de abril de 1994 tenían 15 o más años de servicio, como aquellas que a la misma fecha tenían 35 años si eran mujeres o 40 si eran hombres, pues al gozar de un derecho laboral cierto e indiscutible no pueden válidamente renunciar a él, toda vez que los artículo 48 y 53 de la Carta Política no lo permite, pues no se trata de la renuncia a una expectativa de derecho (C-789 de 2002 y C-1024 de 2004), sino de un derecho adquirido (T-235 de 2002, C-754 de 2004, T-818 de 2007 y T-398 de 2009, etc.)”*, y el mismo autor en su otro libro **“Régimen de transición pensional de los empleados públicos”**, directamente expresa *“De lo expuesto parece desprenderse con claridad que para las Altas Cortes, el derecho a la transición constituye un derecho subjetivo en sí mismo, el cual demanda plena protección del legislador, dada su naturaleza de verdadero derecho adquirido”*.

3.1. Es menester para la claridad del tema significar que **el derecho al régimen de transición pensional es independiente y autónomo del derecho pensional anhelado, por lo que su examen no puede abordarse como si esos derechos vinieran en conjunción, cada uno tiene tipología y etiología diferente al punto que el régimen de transición al día anterior al 01 de abril de 1994 no existía, como tampoco se gana tal régimen en tiempo posterior a ese día.**

4. Pero veamos ahora cómo la misma Corte Constitucional en la **sentencia C-258 de 2013** enfatiza sobre la posibilidad legislativa de modificar situaciones jurídicas estando ya definidas, que es lo que finalmente ocurre, si se dan sus supuestos de definitividad, es decir, que se esté ante situaciones

jurídicas cabalmente definidas, de no ser así se impide tenerlos como derechos adquiridos, pero es de ver que para dilucidar lo relativo a los derechos adquiridos postula que ellos se dan con ocasión del efectivo ejercicio que de ese derecho se haga, véase, el caso de las obligaciones de tracto sucesivo, en cuando dice que solo se configura cuando se materializa, que es lo que lo hace definido, con lo que sin duda alguna, en caso de obligaciones de naturaleza jurídica diferente, como son las de ejecución única, si hay derecho adquirido, como lo es el caso del régimen de transición, cosa que fue consolidado para el **1° de abril de 1994**, al tener los afiliados 35 años si es mujer o 40 años de edad hombres o 15 años de servicios.

En esta discusión actual y razonable sobre el carácter de los derechos adquiridos, se desea significar lo centenario que han sido las precauciones conceptuales y temáticas del caso, pues en sentencia del **15 de noviembre de 1915**, también hubo disidencia o discrepancia en la decisión de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia al estudiar la constitucionalidad del proyecto elaborado por el Congreso de la Nación en esa época que buscaba reducir el monto de las pensiones el fue no fuese aceptado por la Presidencia de la República pero finalmente encontrado ajustado a la **Constitución de 1886** por esa corporación, la decisión mayoritaria de la sala plena tuvo como base para declarar la constitucionalidad de esa norma, el hecho de no tener esa disposición reduccionista origen en leyes civiles, siendo solo a estas normas a las que se refería el artículo 31 de la Constitución de 1886, genética de los derechos adquiridos que no aceptó la disidencia al salvar el voto afirmando que ese origen civil constituía un mero accidente, sin que tuviera la trascendencia para excluir de la noción de los derechos adquiridos del artículo 31 ese origen, pero para el caso también es muy importante señalar lo referente al punto de los derechos adquiridos; en las que razona la disidencia:

“La ley otorga ciertas facultades. Ellas pueden o nó haberse ejercido. Pueden haber tenido o no efecto. Cuando la facultad se ha ejercido o ha tenido efecto, se está en presencia de un derecho adquirido según la definición más generalmente admitida de esta clase de derecho. Cuando se trata de una facultad no ejercida aún o que no ha producido efecto, ella constituye una mera expectativa. A los primeros se refiere el artículo 31 de la Constitución, entre otros; a los segundos, en el artículo 17 de la ley 153 citada. Los primeros son intocables, en lo general, por el legislador, como que forman parte del patrimonio individual; las segundas pueden ser no sólo cercenadas sino anuladas por ese legislador, según lo establece claramente la ley.”

La doctrina nacional actualmente también así se pronuncia, Diego Moreno Jaramillo en su obra titulada **Del Código de Bello a la Constitución de 1991**, respecto los derechos adquiridos afirma:

“Hay en la concepción del art. 28 de la ley 153 una condición que perfila la norma como categoría de excepción y valida la opinión de que, tratándose de derechos adquiridos, la regla general es la de que la garantía de su respeto no se da por ser tales, sino porque su ejercicio se cumpla según las exigencias de la nueva ley. Dicho en otros términos, la existencia de un derecho adquirido depende de que el ejercicio que comporta ese derecho se realice dentro de las prescripciones de la ley, de lo contrario se extingue”.

Y esto se hace para precisar que hoy como hace cien años, la jurisprudencia es pacífica en relación con la configuración de los derechos adquiridos es menester el pleno ejercicio de sus supuestos, como en el caso de las obligaciones pensionales que en efecto más que reconocérsele el derecho como tal ingrese efectivamente a su patrimonio dado que si esa obligación legal no se desarrolle o ejercite, pues así no hay derecho adquirido, con lo cual queda definido que de ser materializado los requisitos del régimen de transición, éste es sí un derecho adquirido de protección constitucional hoy como hace cien años.

Siendo esto, se repite lo que ocurre con el régimen de transición, el cual no es una mera expectativa, pero si es una expectativa legítima respecto del derecho pensional pero que no impide ser protegido como derecho adquirido esto es como régimen de transición pues se materializó desde el **1° de abril de 1994** fecha de vigencia del sistema general de pensiones, para quienes a esa fecha tenían cumplidos a cabalidad los requisitos para pertenecer a ese régimen pensional y de manera indefinida. Recordemos como ya lo dijimos, que el régimen de transición y el derecho pensional tienen

una etiología y tipología diferente, lo que impide advertir su consolidación entremezclando sus razones de ser.

Precisado lo anterior queda claro para la Sala mayoritaria no ser posible entender que antes de configurarse el derecho al régimen de transición, éste se gestaba como mera expectativa o expectativa legítima de sí mismo, sobre este derecho, el 1° de abril de 1994 o el 30 de junio de 1995 (artículo 151 de la ley 100 de 1993), antes ni después de su configuración existía esa posibilidad, porque antes de esa consolidación lo que discurría eran los derechos frente a la pensión de vejez, el régimen de transición solo nace con la **ley 100 de 1993** lo que le dispuso su etiología y tipología de aplicación única.

Cosa diferente es que racionalmente se haya diseñado o tenga relación con un estado de proximidad frente a la pensión, lo que se advierte al precisar que a los dos grupos de beneficiarios del régimen de transición les faltaban 20 años para el cumplimiento de la edad de pensión teniendo de vida las dos terceras partes, es decir el **63,63%** de vida por un lado, y los otros, por faltarles apenas una cuarta parte de los años de servicio exigidos para la pensión, teniendo ya el **75%** de tiempo trabajado, con lo cual **NO** puede indicarse que el hecho de concederse el derecho al régimen de transición a las personas con expectativas legítimas pensionales (confianza legítima de pensionarse con las normas anteriores) sea igual o lo mismo al derecho adquirido al régimen de transición, por cuanto fue objeto de validez legislativa y por ello se convirtió en un derecho subjetivo, que tiene fisonomía diferente al también derecho subjetivo a la pensión, solo que el del régimen de transición queda como derecho adquirido cuando se satisfacen todos sus supuestos que es el caso del expediente al **1° de abril de 1994** según así lo dispuso el legislador, mientras que el derecho pensional es derecho adquirido cuando se cumplen sus requisitos; aunque el Consejo de Estado tiene tesis diferentes. (Sentencias del **Consejo de Estado, Sección Segunda, radicado 627-01 de marzo 13 de 2003 y radicado No. 66001-23-31-000-2006-00452-01 (1415-07) de 25 marzo de 2010, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero**).

8

Tanto el derecho al régimen de transición como el derecho pensional son, lo que hoy se denomina derecho subjetivo, que en voz del autor Rodolfo Arango en su libro *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales*, debe entenderse así: *“Por derecho subjetivo, en su sentido más estricto, se entienden generalmente el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo”*.

Fíjese entonces como la claridad jurisprudencial y la de la doctrina de los derechos adquiridos se supedita a su ejercicio, lo que es colocada en estado de protección incluso ante el legislador.

Es de advertir también que del hecho de haberse materializado o ejercitado esas facultades en el Estado Social de Derecho sobresale la valía de los derechos sociales, punto en el que importa dejar en claro del régimen de transición, que se trata de un derecho subjetivo, lo que se da por el establecimiento de una obligación por cumplir para alguien, y del otro lado poder ser exigido por otros, teniendo unos y otros, previamente establecidas las condiciones del derecho por reclamar y cumplir, permitiéndose con ello apreciar su configuración sí se cumple con todos los requisitos, lo que lo hace derecho adquirido.

Casi cien años después de la **sentencia de 1915, el Consejo de Estado** perfila la noción de derechos adquiridos con óptica también diferente al contenido civilista que aún permea el entendido jurisprudencial, en **Sentencia Consejo de Estado Rad. 2004-6145-01 del 4 de agosto de 2010**, en la que afirma:

En síntesis, es diferente el concepto del derecho a la pensión de la noción general de derecho patrimonial nacido del principio liberal de respeto a la propiedad, muy anterior a conquistas de la civilización plasmadas en las concepciones de Estado Social, que matizan el concepto del orden jurídico en función del amparo y protección de los ciudadanos más allá de la misma esfera de los derechos subjetivos dirigidos por la autonomía de la voluntad. No puede por ende el fallador apoyarse, al definir la esencia de este derecho, en las concepciones ordinarias y comunes de la situación jurídica de los particulares en la relación jurídico-administrativa

*cuando por ejemplo el vínculo lo liga con una Entidad de derecho público, o en la relación puramente bilateral que surge en el ámbito privado. Cuando el vínculo concierne a los derechos pensionales, la Constitución reconoce que ellos integran uno de los fines primordiales de la sociedad por tanto, hacen parte significativa del objeto mismo de la consolidación del orden políticamente organizado, es decir, **constituyen base del Estado Social de Derecho.** (negrilla fuera del texto)*

Lo que hace al indicar que existe un contexto objetivo debido a una categoría determinable de trabajadores que cumplen los requisitos establecidos en la ley, consolidando la situación jurídica concreta de su pertenencia al régimen, como medida de protección ante la transición normativa.

Hace énfasis dicho órgano, en que se debe superar el criterio civilista de derechos adquiridos con justo título (derecho pensional), por lo que no se puede hablar de meras expectativas, ya que el derecho a la pertenencia al régimen de transición es oponible por tratarse de una situación jurídica consolidada, así como que su modificación por norma posterior es cuestionable por cuanto viola la Constitución,

Cabe resaltar que toda esta fenomenología sobre el régimen de transición está inserta en el plano hermenéutico, lo que supone superar el estudio, conforme lo indica la misma Corte Constitucional en la sentencia **SU 241 de 2015** al dar prevalencia al principio pro homine, que es la posición que asume esta SALA MAYORITARIA pues tal fenomenología es de clara estirpe interpretativa más no normativa, con lo que no podría reseñarse afectación del ordenamiento jurídico positivo.

IV) CASO CONCRETO:

Por todo lo anterior, al ser cierto que la actora cumplió los 55 años de edad el **13 de junio de 2013**, para el **1° de abril de 1994** fecha de vigencia de la **ley 100 de 1993** en materia pensional, pertenecía al régimen de transición por contar con **35 años** de edad, todo por haber nacido el **13 de junio de 1958** (fl. 10), lo que le permite gozar de la pensión de vejez conforme las normas precedentes a la citada **ley 100 de 1993**, es decir, con las requisitorias del **Decreto 758 de 1990** que exige 55 años de edad para las mujeres y 500 semanas dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o 1.000 semanas de cotización en toda la vida laboral.

Siendo entonces que la demandante cumple el primero de los supuestos, ya que alcanzó **785,86** semanas en los 20 años anteriores a sus 55 años (incluye 2,14 semanas en mora T.I, T-377/15), y en toda la vida laboral cotizó 1.056,71 semanas, según historia laboral aportada al proceso (fls.38/43), siendo su disfrute pensional a partir del **1° de julio de 2014**, por ser la última fecha de cotización el 30 de junio de 2014, cuando ya había alcanzado el mínimo de semanas y la edad.

El Magistrado,


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA