

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	SAMUEL EFREIDE CABRERA OROZCO
DEMANDADO	COLPENSIONES
PROCEDENCIA	JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-005-2016-00214-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN DDO.
TEMAS Y SUBTEMAS	Pensión de Vejez – No conservó el régimen de transición Acto Legislativo 01 de 2005.
DECISIÓN	REVOCA

SENTENCIA No.240

Santiago de Cali, veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022)

En atención a lo previsto en el decreto 806 de 2020 convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado en la SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N° 009 de 2022, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en lo no incluido en la alzada, respecto de la Sentencia No. 024 del 18 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali.

Toda vez que la ponencia presentada por el Dr. CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA no obtuvo los votos necesarios para su aprobación en Sala de discusión, se dispuso la remisión del proceso a este despacho para su elaboración mediante Auto de sustanciación No. 558 de 2020, recibándose en el despacho de manera completa el 19 de julio de 2021, procediendo de conformidad a proferir la siguiente providencia.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería a la abogada CATALINA CEBALLOS ORREGO identificada con T.P. No. 251.495 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

El señor **SAMUEL EFREIDE CABRERA OROZCO** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES**, con el fin de que: **1)** Se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de vejez desde el 24 de julio de 2011, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, como beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, en la cuantía que resulte probada y con derecho a 14 mesadas anuales. **2)** Igualmente, solicitó el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

En virtud del principio de economía procesal en consonancia con los artículos 279 y 280 de la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir

los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran en la demanda visible a folios 29 a 42, así como en la contestación aportada a folios 61 a 64 del expediente.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali mediante Sentencia No. 024 del 18 de mayo de 2018, declaró no probada las excepciones propuestas por **COLPENSIONES**, y, en consecuencia, la condenó a pagar la pensión de vejez reclamada por el señor **SAMUEL EFREIDE CABRERA OROZCO**, a partir del 16 de mayo de 2012, en cuantía inicial de \$742.826, a razón de 13 mesadas anuales. De igual forma, dispuso que la accionada debía pagar los intereses moratorios causados a partir de la ejecutoria de la sentencia.

Como argumento de su decisión precisó el *A quo* que, el demandante era beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues a la entrada en vigencia de esta normativa acreditaba la edad requerida para ello. Luego, pese a concluir que el actor no contaba con 750 semanas cotizadas a julio de 2005, exigidas en el Acto Legislativo, consideró procedente el reconocimiento de la pensión de vejez, al afirmar que la aplicación literal del citado precepto resultaba desproporcional y violatoria de derechos laborales consagrados en convenios internacionales, sumado a que somete al reclamante del reconocimiento de la prestación, a una desprotección absoluta frente a su mínimo vital, desconociendo que 1000 semanas en cualquier tiempo son más que las 750 semanas exigidas por la normatividad en mención.

En ese sentido, indicó que como el demandante cotizó 1.037 semanas tenía derecho a una tasa de reemplazo del 75%, y con un IBL de \$990.435,99, arrojó una mesada pensional \$742.826,99, a corte del mes de mayo de 2016. Respecto de los intereses moratorios manifestó que como la prestación se había reconocido inaplicando el Acto Legislativo 01 de 2005, no era equitativo condenar a la pasiva al reconocimiento de este rubro.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación, argumentando que el Acto Legislativo 01 de 2005 es una norma que se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico, y, por tanto, debe ser aplicada por el operador judicial. Por consiguiente, explicó que, al no contar el actor con la densidad de semanas exigidas en el citado precepto, impedía el reconocimiento de la pensión de vejez.

En los aspectos que no fueron objeto de apelación, se estudiará el proceso en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**

ALEGATOS DE CONCLUSION

Mediante auto del 19 de noviembre de 2020, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos en término los apoderados de la parte demandante y Colpensiones, como se advierte en los archivos 06 y 07 del expediente digital, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se circunscribe a establecer si al señor **SAMUEL EFREIDE CABRERA OROZCO**, le asiste derecho a la pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, como beneficiario del

régimen de transición reglado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; y los efectos del Acto Legislativo 01 de 2005 sobre su prestación, esto es, si este conservó el beneficio de transición.

De igual forma, habrá de evaluarse si hay lugar a la sumatoria de tiempos de servicios en el sector público con las semanas aportadas al ISS,

En caso positivo, se validará la efectividad de la prestación y si operó la prescripción formulada por la pasiva.

Se procede entonces a resolver los planteamientos, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

A esta altura no son materia de discusión los siguientes supuestos facticos:

- (i) Que el señor **SAMUEL EFREIDE CABRERA OROZCO** nació el 24 de julio de 1951, conforme se observa del documento de identidad y la Resolución GNR 338548 del 28 de octubre de 2015 allegados al expediente (f. 4 a 9).
- (ii) Que el demandante prestó servicios para la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca - CVC desde el 15 de abril hasta el 30 de septiembre de 1975 (f. 14 y 71 a 73).
- (iii) Que, estando afiliado al régimen de prima media administrado en la actualidad por **COLPENSIONES**, el demandante efectuó cotizaciones para los riesgos de IVM entre enero de 1981 y mayo de 2012 (f. 22 a 25 y 56 a 60).
- (iv) Que el 16 de marzo de 2015 el actor solicitó a **COLPENSIONES** el reconocimiento de la pensión de vejez, petición negada por la entidad a través de la Resolución GNR 338548 del 28 de octubre de 2015, reiterada en la Resolución GNR 56452 del 22 de febrero de 2016 (f. 5 a 9).

DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Para resolver el conflicto planteado es menester mencionar que, a pesar que el Decreto 758 de 1990 fue derogado con la expedición de la ley 100 de 1993, en aras de proteger los derechos adquiridos y la expectativa legítima de las personas que se encontraban cotizando al sistema, el Legislador estableció en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, un régimen de transición para aquellas personas que a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones tuvieran 40 años de edad en el caso de los hombres o 35 años las mujeres o 750 semanas cotizadas, resaltando que las personas que cumplieran el requisito de edad o de semanas conservarían las exigencias de semanas, edad y tasa de reemplazo de la norma pensional anterior al cual estaban cotizando para que adquirir su derecho pensional.

De ahí que para estudiar el derecho del demandante deba corroborarse si es beneficiario del régimen de transición ya sea por edad o por semanas cotizadas. Para ello tenemos que toda vez que la accionante nació el 24 de julio de 1951, según consta en la Resolución GNR 338548 del 28 de octubre de 2015 (f. 5 a 7), se extrae que al 1º de abril de 1994 contaba con 42 años, situación que lo hace beneficiario del régimen de transición.

No obstante, ha de recordarse que el 25 de julio de 2005, con la expedición del acto legislativo 01 de esa misma anualidad, se modificó el artículo 48 de la Constitución Política, buscando el logro de los fines de la seguridad social, por ello, se estableció una fecha límite al régimen de transición, esto es, que aquellos derechos adquiridos y expectativas legítimas amparadas bajo el artículo 36 de la ley 100 de 1993, solo se conservarían hasta el 31 de julio de 2010, salvo para aquellas personas que a la entrada en vigencia del acto legislativo en mención tuvieran cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicio, a quienes se les extendería el beneficio transicional hasta el 31 de diciembre de 2014.

A efectos de verificar si el actor estaba inmerso en la excepción presupuestada en el Acto Legislativo 01 de 2005, conservando el régimen de transición con posterioridad al 2010, se hace necesario contabilizar las semanas cotizadas por aquel.

En este punto, conviene recordar que la Corte Constitucional a través de las sentencias SU-918 de 2013 y SU-769 de 2014, señaló que para la aplicación del Decreto 758 de 1990 es posible acumular tiempos de servicios tanto del sector público cotizados a cajas o fondos de previsión social, como del sector privado cotizados al Instituto de Seguros Sociales e incluso aquellos periodos en los que se laboró como servidor público remunerado y que no se realizaron cotizaciones, caso en el cual el fondo administrador de pensiones debe proceder a reconocer la prestación, con posibilidad de recobrar el bono respectivo a la entidad que en el pasado omitió sus obligaciones y no trasladar las consecuencias negativas de dicha omisión al afiliado.

En consonancia con este criterio, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral con la sentencia SL 1947 de 2020, cambió su criterio frente a la admisibilidad de aplicar tiempos públicos y las semanas cotizadas al ISS, para obtener la pensión que regula el artículo 12 del decreto 758 de 1990, manifestando:

“(...) la Corte considera pertinente modificar el anterior precedente jurisprudencial, para establecer que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas.

(...)

Específicamente, el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultraactivos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de las condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen Radicación n.º 70918 SCLAJPT-10 V.00 15 expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social(...).”

Hecha esta salvedad, se evidencia que en el ordenamiento legal vigente no existe ninguna prohibición que impida al hoy demandante computar tiempos públicos y privados

para efectos de obtener pensión de vejez en aplicación por régimen de transición de la ley 100 de 1993, del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de la misma anualidad.

De otro lado, observa la Sala que en el escrito gestor se alega que no están contabilizados los siguientes periodos:

“(…)

- *INEQUIPOS LTDA: De Enero de 1972 hasta Marzo de 1975*
- *PALMIRANA DE TRANSPORTE, Patronal No. 891300156.*
Año 1999: En el mes de Septiembre
- *SAINC ING CONST S Patronal No. 890311243.*
Año 2004: El mes de Abril
Año 2006: El mes de Abril
- *CONSORCIO PROSPERAR, Patronal No. 830095979.*
Desde Diciembre de 1996 hasta Junio de 1998. (...)”

Frente a estos, debe precisar la Sala que, en relación con el tiempo señalado como no incluido, laborado presuntamente para el empleador INEQUIPOS LTDA entre 1972 y 1975, en el expediente no aparece, primero, un reporte de afiliación por cuenta de este patrono, y segundo, tampoco hay ni siquiera indicios de que el demandante hubiese laborado para esta sociedad, sucesos de los que pudiera extraerse la existencia de mora patronal o una posible omisión en la afiliación, puesto que, se reitera, echa de menos el expediente por lo menos alguna mención de las condiciones en que se desarrolló la presunta actividad del actor en favor de dicho empleador, razón suficiente para no incluir este periodo dentro del conteo final de semanas.

Respecto a los ciclos de septiembre de 1999 con el patrono PALMIRANA DE TRANSPORTE y abril de 2006 con SAINC S.A., observa la Corporación que para estos periodos si bien, aparecen reportados como laborados un número de 30 días, solo se efectúa cotización por 13 y 28 días, respectivamente, sin que hubiese reportada alguna clase de novedad, motivo por el que, a juicio de la Colegiatura, deben contabilizarse de manera completa estas mensualidades. Igual situación que ocurre con el mes de abril de 2004 con la empresa SAINC S.A., quien efectuó aportes en favor del demandante entre marzo de 2002 y septiembre de 2006, pues a pesar de no registrarse novedad alguna en este ciclo, más allá de la continuidad de la vinculación advertida para la época, inexplicablemente no aparece cotización para esta mensualidad, debiendo tenerse en cuenta en el consolidado final de aportes.

Luego, en relación con el lapso indicado desde diciembre de 1996 hasta junio de 1998 a través del CONSORCIO PROSPERAR, si bien evidencia la historia laboral de folios 22 a 25 que el actor fue admitido dentro del beneficio de la cotización subsidiada, advierte esta Colegiatura que dentro de **todos** los periodos resaltados en la demanda aparece registrada la anotación de “(…) *Valor del subsidio devuelto al Estado por Decreto 3771 (...)*”, aspecto del cual puede colegirse que, efectivamente el Estado aportó el porcentaje que le correspondía en cada ciclo, pero el afiliado no consignó la cuota a su cargo para completar el aporte en cada uno de estos periodos. Lo expuesto denota que la entidad cumplió con lo dispuesto en el artículo 23 del Decreto 3771 de 2007, en el sentido de hacer la devolución del subsidio cuando el afiliado omite realizar el pago que le corresponde. En consecuencia, no es viable contabilizar esos periodos en favor del demandante, porque evidentemente no hubo mora en

el pago por parte del Consorcio Prosperar, sino una desatención del demandante en su deber correlativo de cancelar el importe a su cargo.

Además, ahondando en razones, es claro para la Sala que más allá de estar incluido como beneficiario del aporte subsidiado, el accionante nunca tuvo la intención de hacer efectiva esta prerrogativa, pues curiosamente no aparece ningún periodo aportado a través de esta modalidad, y por el contrario, entre las fechas indicadas, en la mayoría del tiempo registró aportes en el sistema contributivo a través de la empresa PALMIRANA DE TRANSPORTES LTDA, situación que hacía incompatible acudir a la cotización compartida o subsidiada por el Estado, conforme lo señalado en el artículo 5° del Decreto 1895 de 1994.

De ahí que, realizado el conteo de semanas, teniendo en cuenta las precisiones efectuadas en precedencia en relación con la historia laboral del demandante y los certificados de información laboral emanados de la CVC (f. 22 a 25 y 71 a 73), se observa que el señor **CABRERA OROZCO** acredita un total de 1.014,86 semanas aportadas directamente al ISS, y un tiempo de servicios a la CVC equivalente a 24,14 semanas, que sumadas arrojan un total de **1.039** semanas a corte del mes de mayo de 2012, de las cuales cotizó **735,14** semanas al 29 de julio de 2005, hecho que adquiere total importancia, pues deja en evidencia que la situación jurídica del reclamante no encuadra en la excepción prevista en el parágrafo 4 del Acto Legislativo 01 de 2005, al no contar el mínimo de 750 semanas contempladas en este precepto, coligiéndose que, efectivamente, **no conservó el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014.**

RAZON SOCIAL	DESDE	HASTA	DIAS	SEMANAS	FECHAS RELEVANTES
CORPORACIÓN AUTONO REGIONAL CVC	15/04/1975	30/09/1975	169	24,14	Al 01 de abril de 1994 403,43 semanas
AGROP LA QUISUINA LTDA	5/01/1981	1/03/1984	1152	164,57	
INVERSIONES ISOGAN	20/05/1987	30/06/1987	42	6,00	
PALMIRANA DE TRANSP	20/09/1989	19/09/1990	365	52,14	
PALMIRANA DE TRANSP	22/11/1990	26/11/1991	370	52,86	
PALMIRANA DE TRANSP	1/02/1992	24/01/1993	359	51,29	
PALMIRANA DE TRANSP	16/03/1993	17/03/1994	367	52,43	
PALMIRANA DE TRANSP	6/05/1994	5/09/1994	123	17,57	
CARDONA HENAO GUSTAVO	28/10/1994	31/12/1994	65	9,29	
CARDONA HENAO GUSTAVO	1/01/1995	3/08/1995	215	30,71	
PALMIRANA DE TRANSP	1/02/1997	17/02/1997	17	2,43	
PALMIRANA DE TRANSP	1/03/1997	30/11/1997	275	39,29	
PALMIRANA DE TRANSP	21/06/1998	31/12/1998	194	27,71	
PALMIRANA DE TRANSP	1/01/1999	31/12/1999	365	52,14	Al 29 de julio de 2005 contaba con 735,14 semanas
PALMIRANA DE TRANSP	1/01/2000	1/02/2000	32	4,57	
SIANC ING CONST SA.	10/03/2002	31/12/2002	297	42,43	
SIANC ING CONST SA.	1/01/2003	15/02/2003	46	6,57	
SIANC ING CONST SA.	1/05/2003	31/05/2003	19	2,71	
SIANC ING CONST SA.	1/06/2003	31/12/2003	214	30,57	
SAINC SA	1/01/2004	31/12/2004	366	52,29	
SAINC SA	1/01/2005	28/02/2005	59	8,43	
SAINC INGENIEROS CON	1/03/2005	4/04/2005	35	5,00	

SAINC SA	1/09/2005	31/12/2005	122	17,43	Al 31 de julio de 2010 948,86 semanas
SAINC SA	1/01/2006	1/09/2006	31/08/1900	34,86	
LABOR CTA	22/11/2006	30/11/2006	9	1,29	
CONALVIAS SA	6/02/2007	31/12/2007	329	47,00	
CONALVIAS SA	1/01/2008	31/12/2008	366	52,29	
CONALVIAS SA	1/01/2009	1/09/2009	244	34,86	
ASOCIACIÓN MEGAENLAC	1/01/2010	31/07/2010	212	30,29	
ASOCIACIÓN MEGAENLAC	1/08/2010	10/10/2010	71	10,14	
CONALVIAS SA	1/11/2010	1/11/2010	1	0,14	
CONSORCIO DOBLE CALZADA B/TURA	3/11/2010	31/12/2010	59	8,43	
CONSORCIO DOBLE CALZADA B/TURA	1/02/2011	31/12/2011	334	47,71	
CONSORCIO DOBLE CALZADA B/TURA	1/01/2012	15/05/2012	136	19,43	
			7273	1039,00	

En ese orden de ideas, el señor **SAMUEL EFREIDE CABRERA OROZCO** tenía para acreditar los requisitos de edad y semanas contemplados en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, hasta el 31 de julio de 2010, a fin de obtener su derecho prestacional bajo esta normativa, la cual pedía, en el caso de los hombres, contar con 60 años y haber cotizado 500 semanas en los últimos 20 años o 1000 en toda la vida laboral.

Sin embargo, no hay que hacer un análisis profundo con miras a concluir que el demandante no cumplió tales condiciones a la fecha en comento, pues al haber nacido el 24 de julio de 1951 (f. 5 a 7), la edad de 60 años exigida la cumplió el 24 de julio de 2011, es decir, por fuera del límite preestablecido en su caso para enervar los efectos del régimen de transición, lo que hace innecesario estudiar el *item* de las semanas, ya que, para acceder a la prestación reclamada debía satisfacer en tiempo ambos requisitos, y el simple hecho de incumplir alguno de los dos, hace que decaiga su pretensión pensional, como bien lo argumentó la apelante.

A la misma conclusión llega la Sala al analizar la causación del derecho del actor a la luz del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, modificatoria de la Ley 100 de 1993, pues para el año 2011, cuando el demandante llegó a la edad de 60 años, esta normativa exigía un cúmulo de 1.200 semanas, y a partir del año 2015 un número de 1.300, cifra que en ninguno de los casos acredita el demandante, si se tiene en cuenta que en su vida productiva solo acreditó un total de **1.039** semanas.

En consecuencia, advirtiéndose que el señor **CABRERA OROZCO** no satisfizo bajo ninguno de los supuestos legales estudiados los requisitos para ser acreedor de la pensión reivindicada, sus pretensiones realmente estaban llamadas al fracaso.

Finalmente cabe rememorar en cuanto a la limitación que determinó el Acto Legislativo 001 de 2005 para los beneficios del régimen de transición instituido en la ley 100 de 1993, lo dicho por el órgano de cierre en sentencia SL541-2020, que reiteró lo dicho en la providencia SL4442-2019, en la que se sostuvo:

“Por último, la Corte ha indicado que la expedición del Acto Legislativo no. 1 de 2005 no aparejó una vulneración de los principios de progresividad y no regresividad o el quebrantamiento de los instrumentos internacionales en los que se apoya la censura, pues la variación constitucional no se dio de manera arbitraria e inconsulta, sino que tuvo en cuenta los derechos adquiridos y planeó una fórmula de extinción paulatina del régimen de transición, teniendo en cuenta las expectativas legítimas de ciertos afiliados, además de que estuvo justificada en la necesidad de lograr la sostenibilidad financiera del sistema pensional, fruto de lo cual, contrario a lo dicho por la censura, debe prevalecer el interés general sobre el particular.”

Así las cosas, habrá de revocarse la decisión de primera instancia, para en su lugar, declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por **COLPENSIONES**, y, en consecuencia, **ABSOLVER** a esta entidad de todas las pretensiones incoadas en la demanda. Las costas en ambas instancias estarán a cargo del demandante, incluyendo como agencias de esta sede la suma de \$50.000.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

REVOCAR la Sentencia No. 024 del 18 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, para en su lugar:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por **COLPENSIONES**, y, en consecuencia, **ABSOLVER** a esta entidad de las pretensiones incoadas en su contra por el señor **SAMUEL EFREIDE CABRERA OROZCO**.

SEGUNDO: Las **COSTAS** en ambas instancias están a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho de esta sede la suma de \$50.000.

NOTIFIQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
SE SUSCRIBE CON FIRMA ELECTRONICA
Ley 527 de 1999, artículo 7°. Decreto 2364 de 2012

Firma (digitalizada para)
actos judiciales

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Voto

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO

06-07



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

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	SAMUEL EFREIDE
DEMANDADO	COLPENSIONES
RADICADO	760013105-005-2016-00214-01

SALVAMENTO DE VOTO

Por medio del presente, procedo a consignar mi salvamento de voto en el proceso de la referencia, para lo cual cito la ponencia que fue presentada a la Sala y que fue derrotada:

“La sentencia CONSULTADA y APELADA debe **MODIFICARSE**, son razones:

El actor, conforme el **art. 36 de la ley 100/93** es beneficiario del RT pues al **01 de abril de 1994** contaba con **42 años** de edad (fl. 3)¹, siendo destinatario del **Decreto 758/90**, cumpliendo los **60 años** de edad el **24 de julio del 2011**.

Ahora bien, se 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 Nacido el 24 de julio de 1951

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 carentes 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 inexecutable 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 executable, 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 executable 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 exequible 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 inaplicabilidad de la norma del constituyente derivado si 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** reformatoria 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, si 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.

1º. 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 **68 años de edad (fl.9)**, a la presentación de la demanda contaba con **66** años, y durante su vida laboral, que lo fue por más de 20 años interrumpidos, comenzó su afiliación desde el **3 de abril de 1975 (fls.10/12)**, que contaba con **44 años** de edad a la vigencia de la Ley 100/93 que consagra el régimen de transición, por lo que cumplió la edad pensional de **55 años** en el año **2005**, pero que con el advenimiento del Acto Legislativo el derecho fundamental a la pensión de vejez se mantenía hasta el día **31 de diciembre del año 2014** solo si para la fecha de su vigencia (29-07-05) tenía **750 semanas** de cotización 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 si 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 **1º 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 instaura para defensa de los derechos fundamentales, que es lo que se trata de proteger en esta examinación.

5

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 76² 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

² En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que en el momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar en dicho riesgo, serán menos favorables que las establecidas para ellos por la legislación sobre jubilación, anterior a la presente ley.

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, sitial 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 fijese 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 trabajador 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**)

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 Sepúlveda** 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 1° 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 artículos 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 **1º 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**).*

*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, como se dijo anteriormente, que el demandante cumplió los 60 años de edad el **24 de julio del 2011** y que es beneficiario por edad del régimen de transición por contar con más de **40 años** de edad a la entrada en vigencia de la norma de seguridad social, 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 60 años de edad para los hombres y 1.000 semanas en toda la vida laboral o 500 semanas dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

Siendo entonces que el demandante cumple ambas exigencias de semanas pues conforme el conteo de semanas realizado por la Sala, alcanzó **1.042,⁸⁶ semanas** en

toda su vida laboral de las cuales **1.001, 28 semanas** a la edad pensional y **673,⁵⁸ semanas** lo son dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad pensional y **736,¹⁴ semanas** fueron cotizadas al **31 de julio del año 2005**.

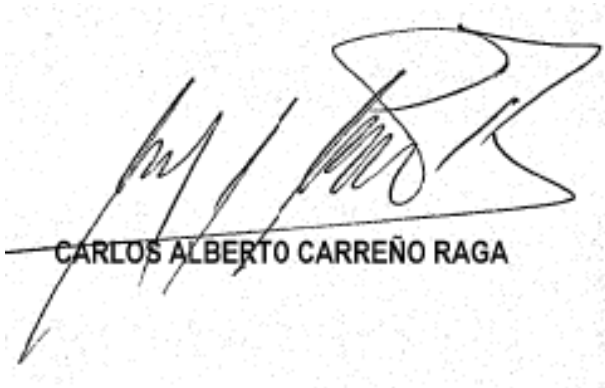
Así las cosas, su disfrute pensional es como lo dispuso la instancia hasta la última cotización, a partir del **16 de mayo del 2012**, sin operar el término prescriptivo, pues la reclamación administrativa fue el **16 de marzo del 2015** (fl. 5) y la demanda fue radicada el **26 de mayo del 2016** (fl. 1), antes del trienio del **art. 151 CPTSS**.

Ya en el estudio en consulta a favor de la demandada sobre las cifras condenadas, la construcción del IBL, se da con el **art. 21 de la ley 100/93** con los últimos 10 años por faltarle más de 10 años para cumplir la edad pensional y no tener más de 1.250 semanas cotizadas. Realizadas las operaciones del caso, el **IBL de los 10 años es de \$975.206**, inferior a la dispuesta por la instancia de **\$990.435**, que aplicada la tasa del **78%** ante el cúmulo de semanas, da una mesada de **\$731.404** punto en el que se modificará. Operando el pago del retroactivo sobre el cual deben realizarse los descuentos en salud.

Respecto los intereses moratorios del **art. 141 de la ley 100/93**, hay lugar a su condena dada el retardo en el reconocimiento y pago del derecho y de la mesada pensional, confirmando la condena de instancia desde la ejecutoria de la sentencia por ser una condena favorable a la demandada de quien se estudia en consulta este punto.”

El Magistrado,

12



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firmado Por:

Maria Nancy Garcia Garcia

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 010 Laboral

Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **4e2b5f99931755b7fcad941e142e195167cf0bcdb3aba529e16fbf993b277221**

Documento generado en 27/07/2022 03:23:09 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>