



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI-SALA LABORAL
YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO
MAGISTRADA PONENTE**

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **GUSTAVO TOVAR BALANTA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**

EXP. 76001-31-05-010-2018-00563-02

Santiago de Cali, treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Laboral del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA, CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA y en calidad de Magistrada Ponente YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO, atendiendo lo establecido en el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia n°. 064 del 21 de abril de 2022, emitida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, por lo que se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA n.º. 033

I. ANTECEDENTES

El señor Gustavo Tovar Balanta presentó demanda ordinaria laboral en contra de Colpensiones con el fin de que i) se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 5 de enero de 2017, al ser beneficiario del régimen de transición, y, conforme lo establecido en el Decreto 758 de 1990, ii) así mismo, peticionó el pago de los intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, y las costas del proceso.

Como fundamento a sus pretensiones, dijo que nació el 5 de enero de 1957, contando para la data con 61 años, e inició su vida laboral el 31 de julio de 1974 hasta el 31 de julio de 1999, alcanzando un total de 1115 semanas en todo su historial laboral.

Expuso que, para el 1 de abril de 1994, contaba con 37 años y 857 semanas cotizadas, por lo tanto, cumplió uno de los requisitos exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para ser acreedor del régimen de transición.

Afirmó que, posterior a julio de 1999, no pudo volver a vincularse laboralmente y continuar cotizando al régimen de pensiones, por lo que creyó contar con los requisitos de ley para obtener la pensión de vejez.

Para el día 15 de febrero de 2017, presentó ante Colpensiones solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez en aplicación del Decreto 758 de 1990, sin embargo, mediante resolución GNR 59909 del 2017, la demandada resolvió negar el derecho en atención que no era aplicable el mencionado decreto al no

contar con la edad mínima requerida antes del 31 de diciembre de 2014. (f. 4 a 7 del archivo 01 ED).

Mediante auto interlocutorio n.º. 1956 del 13 de noviembre de 2018, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, admitió la demanda en contra de Colpensiones.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la totalidad de las pretensiones, y manifestó que el demandante no contó con los requisitos mínimos de semanas de cotización y edad, por lo que solicitó se absolviera a esta de cualquier condena.

Como fundamento a lo manifestado, dijo que si bien es cierto el actor cuenta con más de 15 años de servicios cotizados, periodos que le permitió ser beneficiario del régimen de transición que trata la Ley 100 de 1993, sin embargo, no acreditó haber cumplido los 60 años de edad a la finalización del régimen de transición conforme el Acto Legislativo de 2005, lo cual fue hasta el 31 de diciembre de 2014.

De igual forma, precisó que el demandante tampoco cumplió con los requisitos que estableció la Ley 797 de 2003, toda vez que necesita tener 62 años y 1300 semanas de cotización.

De lo expuesto, propuso como exceptivas de mérito la inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; prescripción; la innominada; excepción de buena fe; compensación; imposibilidad de condena simultánea de indexación e intereses moratorios; imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas. (f. 26 a 31 del archivo 01 ED).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia n.º. 064 del 21 de abril de 2022, resolvió:

- 1. Absolver a Colpensiones de los cargos formulados en su contra por el demandante.*
- 2. Condenar en costas al demandante, debiéndose incluir por secretaria la suma de \$300.000, como agencias en derecho a favor de la demandada.*
- 3. Si la presente sentencia no fuese apelada, remítase en consulta la presente sentencia ante el H. T.S.D.J. de Cali.*

Como sustento de la decisión, el Juez de primera instancia manifestó que el demandante no conservó el régimen de transición bajo los parámetros del Acto Legislativo 01 de 2005, toda vez que no acreditó los requisitos pensionales antes del año 2014.

Expuso que, las disposiciones vigentes para el reconocimiento de la pensión de vejez son la Ley 100 de 1993, junto con sus modificaciones de la Ley 797 de 2003. Para lo anterior, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones de: i) 60 años hasta antes del 2014 y en adelante 62 años, ii) haber cotizado 1000 semanas en cualquier tiempo, y 1300 a partir del 2015.

Respecto al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, esgrimió que estuvo vigente hasta el Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se señaló que se extendería aquel hasta el año 2010, salvo para quienes a su entrada en vigencia tuviera acreditada 750 semanas este se ampliaría hasta el 2014.

Dijo que, sobre la pérdida del régimen de transición la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1084 y SL487 de 2022 estableció como obligación para mantener el régimen de transición, el haber cumplido los 2 requisitos, de allí que no le asista razón a la parte cuando cumpla con la densidad de semanas necesarias con la normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, que esta le otorgue un derecho adquirido que la exima del límite temporal que estableció el Acto Legislativo 01 de 2005.

Del caso en concreto, exhibió que el demandante es beneficiario del régimen de transición por el número de semanas de cotización acreditadas, pues para el año de 1999, se evidenciaron 1115.

Que, en virtud del acto legislativo 01 de 2005, conservó su régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2010, data para la cual no acreditó el requisito de la edad, pues su nacimiento se dio el 5 de enero de 1957, llegando a los 60 años en el 2017.

Ahora bien, el señor Tovar Balanta estuvo cotizando al sector público, a través de empresa de servicios municipales de Cali, sin embargo, ante tal entidad tampoco reunió los requisitos para acceder a la pensión de vejez conforme lo consagró la Ley 33 de 1985.

Concluyó que, para el demandante solo le queda por cumplir los requisitos de la ley 100 de 1993, junto con las modificaciones incorporadas a través de la Ley 797 de 2003.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El demandante, interpuso recurso de apelación en contra de la decisión proferida bajo el argumento que, es cierto el

pronunciamiento emanado de la Corte Suprema de Justicia, sin embargo, conforme las facultades otorgadas a los jueces se ameritan tener en cuenta el caso en particular, toda vez que el demandante cumplió los requisitos que estableció el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Además, para el 31 de julio de 1999, fecha en que el demandante alcanzó un total de 1115 semanas de cotización, fue anterior a la entrada en vigencia del Acto legislativo 01 de 2005, por lo tanto, tenía su derecho a pensión de vejez.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto n.º. 473 del 10 de octubre de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado el apoderado de Colpensiones, en términos similares a lo expuesto en la contestación de la demanda, que podrá ser consultado en el archivo 04 del Cuaderno Tribunal, y al cual se da respuesta en el contexto de la providencia.

V. CONSIDERACIONES

El problema jurídico en el presente asunto se circunscribe a establecer, si el señor Gustavo Tovar Balanta acreditó los requisitos del Decreto 758 de 1990, para el reconocimiento de la pensión de vejez, en aplicación del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993. De salir avante la prestación, se validará la efectividad de esta, la procedencia de los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, y si operó el fenómeno de extintivo de prescripción.

Se tienen como supuestos de hecho debidamente comprobados en esta Litis los siguientes:

- i) Que el señor Gustavo Tovar Balanta nació el 5 de enero de 1957, según se desprende de la copia del documento de identidad aportada a folio 8 del archivo 01 ED.
- ii) Que el 15 de febrero de 2017, solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez, petición negada por dicha entidad en la Resolución GNR 59909 de 2017, bajo el argumento que, status de pensionado sólo se adquiere cuando coincidan los requisitos mínimos de semanas de cotización y edad, por lo que no logró acreditar los requisitos mínimos de edad y/o semanas cotizadas, de conformidad al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el cual exige acreditar 62 años de edad si es hombre para acceder a la pensión de vejez, razón por la cual se niega la prestación solicitada.

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 tuvieron 40 años de edad hombres, o 35 años mujeres o 15 años de servicios, resaltando que las personas que cumplieran el requisito de edad o de tiempo servido conservarían las condiciones de edad, semanas, y tasa de reemplazo de la norma pensional anterior a la cual se encontraban afiliados, para adquirir su derecho pensional.

Con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, en orden a alcanzar la mayor satisfacción de los fines de la seguridad social, se establecieron conforme a sus propósitos, unos limitantes para el régimen de transición estipulado en la Ley 100 de 1993, fijando una primera fecha límite para adquirir la prestación bajo los supuestos de aquel, hasta el **31 de julio de 2010**, y en defecto de ello, para quienes el 29 de julio de 2005 alcanzaran además 750 semanas de cotización, el beneficio del artículo 36 de la Ley 100 se extendería hasta el **31 de diciembre de 2014**.

Es así que al tenor de la Ley 100 de 1993, se previó un régimen transición para mitigar los efectos del cambio pensional para un grupo de personas que estaban próximas a pensionarse por reunir el 75% del tiempo requerido para ello, o que se encontraban a 20 años de alcanzar la edad pensional, estos últimos sin importar el tiempo de servicios, por lo que fueron a quienes en la práctica se les ofreció un mayor periodo de cobertura vía transición, que podrían alcanzar hasta 20 años después de la vigencia de la Ley 100, condición que respetó y se sostuvo con el Acto Legislativo 001 de 2005, que precisó la extensión del beneficio hasta el 31 de diciembre de 2014 como fecha límite; periodo transicional que de suyo se ofrece muy amplio y garante de las expectativas legítimas, y que valga señalar, satisfizo el propósito para el cual se instituyen los regímenes de transición, a saber, un tránsito medido hacia un nuevo orden pensional, que debe entrar a regir la generalidad de las relaciones de ahí en adelante¹.

Es así como, 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 el

¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia SL10712 de 2017

señor Gustavo Tovar Balanta nació el 5 de enero de 1957, según consta en la cédula de ciudadanía aportada a folio 8 del archivo 01 ED, se extrae que al 1º de abril de 1994 contaba con 37 años, sin embargo, tenía más de 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, situación que lo hace favorecido con los efectos de la medida transicional, por edad.

En ese sentido, como el histórico de cotizaciones perteneciente al actor obrante en el expediente administrativo aportado como prueba dentro del proceso (f. 9 a 12 del archivo 01 ED), se observa que el citado está afiliado al ISS desde julio de 1974, efectuando cotizaciones a través de diferentes empleadores, por parte de esta Corporación se procedió al estudio de la pensión de vejez bajo los preceptos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, preceptiva legal que establece, en lo que interesa al caso, que tendrán derecho a la pensión de vejez, los hombres que cumplan 60 años de edad, y acrediten un mínimo de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o 1000 semanas en cualquier tiempo.

En esos términos, tenemos que el actor acreditó un total de 1115 semanas durante su vida laboral, satisfaciendo la exigencia frente a las semanas en cualquier tiempo. No obstante, frente a la exigencia de edad de 60 años, aquel solo pudo cumplirla el 5 de enero de 2017, pues se reitera, nació el 5 de enero de 1957, situación que se dio con posterioridad al 31 de diciembre de 2014, fecha límite que estableció el Acto Legislativo 001 de 2005, para las personas que pudieron extender el régimen de transición para acceder a la gracia pensional reivindicada.

De lo descrito, pese a que el señor Gustavo Tovar Balanta se encuentra inmerso dentro de la excepción presupuestada en la

reforma constitucional introducida con el Acto Legislativo 01 de 2005, a efectos de ver extendidos, eventualmente, los efectos de la transición hasta el 31 de diciembre 2014, como quiera que la fecha para cuando alcanzó la edad de 60 años fue el 5 de enero de 2017, data que estuvo por fuera del límite establecido para acceder por transición al beneficio pensional.

Lo anterior tuvo sustento conforme lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1084 de 2022, cuando expresó que el *“beneficio de pensionarse a la luz del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 no comporta un derecho adquirido, dado que «corresponde simplemente a una regla de tránsito normativo o a «...una probabilidad cierta pero eventual de consolidar un derecho bajo las condiciones que establezca determinada ley, y siempre que no se produzcan cambios en el sistema» (CSJ SL1347-2019)» (CSJ SL2570-2019); de allí que «el régimen de transición no constituye un derecho adquirido, pues en materia pensional este se configura cuando se acreditan la totalidad de los requisitos exigidos en la norma que lo regule, independientemente de que haya sido otorgado o no y, por tanto, solo en ese caso es inmutable frente a las normas que se produzcan posteriormente» (CSJ SL1260-2020)”.*

En conclusión, como el demandante no reunió los 2 requisitos, para causar el derecho pensional a 31 de diciembre de 2014, pues a pesar de cumplir con la densidad de semanas necesarias, no contó con la edad exigida, a efectos de tener la posibilidad de consolidar su derecho hasta el año 2014, no se equivocó el *A quo* al concluir que no mantuvo el régimen de transición y, en ese orden no reconocer la pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año.

Con todo, deviene en acertada la decisión absolutoria de primer grado, imponiéndose su confirmación. Las costas de esta instancia estarán a cargo de la parte demandante en razón a las resultas del recurso de alzada, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 1/2 SMLMV.

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 y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia n.º. 064 del 21 de abril de 2021, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO. Las **COSTAS** están a cargo de la parte **DEMANDANTE**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 1/2 SMLMV.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase las actuaciones al Juzgado de origen.

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Acto Judicial

Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

Firma digitalizada para
Acto Judicial

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized loop at the top and several vertical strokes below, crossing a horizontal line.

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
S A L A 1ª DE DECISION L A B O R A L

Magistrado Ponente:
Yuli Mabel Sanchez Botero

SALVAMENTO DE VOTO

En mi calidad de magistrado integrante de la Sala me permito apartarme y hacer salvamento parcial de voto a la presente sentencia por los motivos que me permito exponer a continuación.

El presente disenso tiene origen en la distinción existente entre el derecho a la pensión, el que ciertamente no es un derecho adquirido a no ser que se cumplan sus requisitorias, y el del régimen de transición, que, si lo es, ante la satisfacción de sus precisas condiciones.

Sobre las precisiones del caso, esta oficina se ha pronunciado en anterioridad, por lo que se remite a esas condiciones:

A lo atentatorio del acto legislativo 01 del 2005 al derecho adquirido al régimen de transición.

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 Pretal 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 exigirles 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 regimenes de transición, los que tienen como antecedentes de la ley 100 de1993, 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 2014se 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 761de 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, 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 1946y 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 legislada mente se les protege, léase para quienes tuviesen más de 10 y menos de 20 años de servicio al 1° 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 cumplirla 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 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 1º 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 no 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 1º 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 1º 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 si 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, pues tal fenomenología es de clara estirpe interpretativa más no normativa, con lo que no podría reseñarse afectación del ordenamiento jurídico positivo.

Sobre el punto ha discernido la corte suprema de justicia, el consejo de estado y la corte constitucional, diferente es que ahora modifiquen su visión, con la que ciertamente no alivianan las potentes razones que así explicitaron:

La Corte Constitucional para declarar inexecutable la modificación de la ley 776 del año 2002 por la cual se modificó en primera oportunidad la ley 100 de 1993 tuvo como soporte precisamente la jurídica apreciación constitucional de ser el régimen de transición un derecho adquirido.

El magistrado,



CARLOS ALBERTOS CARREÑO RAGA