

El régimen de transición pensional en la seguridad social

Jorge Eduardo Lamo Gómez

EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL EN LA SEGURIDAD SOCIAL

AUTOR: Jorge Eduardo Lamo Gómez

DIRECCIÓN: jlamo@unab.edu.co

FECHA DE RECEPCIÓN: abril 2008

RESUMEN: Describe y conceptualiza los diferentes aspectos que regula la transición del sistema de Seguro Social de Pensiones incorporados por la Ley 100 de 1993, y demás leyes, decretos reglamentarios y sentencias de la Corte Constitucional, que establecen el régimen de transición con una expectativa legítima que determina una especial protección.

PALABRAS CLAVE: Régimen de transición, Ley 100 de 1993, Ley 860 de 2003, Mecanismos de protección, Expectativa legítima.

ABSTRACT: This paper describes and conceptualizes the different aspects that regulate the transition between the Social Security System for retirement pensions incorporated by Law 100 of 1993 and its complimentary laws, regulatory decrees and Constitutional Court rulings that establish a transition regime with a legitimate expectation that determines a special protection.

KEY WORDS: Transition regime, protection, mechanisms, lawful expectative.

El régimen de transición pensional en la Seguridad social

Jorge Eduardo Lamo Gómez

I Concepto general :

El establecimiento de regímenes de transición ha sido una constante en la seguridad social, algunas veces creado como una circunstancia de defensa del sistema en sí, con referencia clara de su viabilidad financiera, y en otros casos, como una razón para evitar la desprotección de los trabajadores.

En efecto, se puede citar como casos en que esta situación se ha dado, los acuerdos del ISS en los eventos de empresas que estaban obligadas a reconocer el derecho, y la entrada en vigencia de la asunción de la contingencia por la seguridad social, o en el caso del sector oficial, de acuerdo con el art. 1º de la Ley 33 de 1985, o incluso en otros aspectos del régimen actual, como es el caso de las actividades peligrosas.

La Ley 100 de 1993, incorporó en su artículo 36 la transición respecto del nuevo sistema de seguridad social en pensiones, que originalmente señalaba :

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

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

Excluyó de esta posibilidad a quienes se acogieron al régimen de ahorro individual, lo cual se explica por cuanto las bases o fundamentos económicos de este régimen son diferentes del de prima media o sistema de reparto. Esta situación fue ratificada por el D.R. 813 de 1994.

Ante la avalancha de afiliadores y promotores de las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones, que fue una de las características de los comienzos del nuevo régimen de seguridad social, muchos trabajadores, para quienes el paso al régimen de ahorro individual les resultaba negativo, se pasaron al nuevo sistema, con lo cual sus expectativas a una pensión medianamente decente se truncaron.

Por ello el Estado se vio en la necesidad de establecer unas normas que permitieran al cotizante volver al antiguo régimen de reparto, todo ello de acuerdo con las disposiciones del Decreto 3800 del año 2003, que señaló en su artículo 2°:

“En el evento de que una persona que a 1° de abril de 1994 tenía 15 o más años de servicios prestados o semanas cotizadas, que hubiere seleccionado el régimen de ahorro individual con solidaridad, decida trasladarse al régimen de prima media con prestación definida, le será aplicable el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo cual podrá pensionarse de acuerdo con el régimen anterior al que estuviere afiliada a dicha fecha, cuando reúna las condiciones exigidas para tener derecho a la pensión de vejez...”

La norma en cita adiciona como condicionamientos para que opere el nuevo traslado, que se transfiera al régimen de prima media el saldo que el afiliado tenía en la cuenta de ahorro individual (que excluye el valor del bono pensional), y que este saldo no sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez “correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media, incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en este último”, agregando que: “El tiempo cotizado en el régimen de ahorro individual le será computado al régimen de prima media con prestación definida”.

De esta manera el Estado corrigió la injusticia que se presentaba para quienes tendrían derecho a pensión por el sistema de transición, pero que es propósito que también se ha visto cegado por las directrices internas del ISS , para el efecto las contenidas en el memorando 3475 de 13 de junio de 2003, que buscan entorpecer el proceso de reconocimiento de pensiones.

A instancias del ejecutivo, el Congreso pretendió modificar el régimen de transición, y fue así como el artículo 4º de la Ley 860 de 2003, eliminaba el derecho a que el monto de la pensión fuese liquidado conforme a las normas anteriores, lo cual llevó a la Corte Constitucional a establecer una doctrina novedosa, pero que ya recogía elementos de juicio de sentencias anteriores, que entrañan la defensa del ciudadano frente al poder del Estado, y el entendimiento de que este es relativo. Esta doctrina se ha denominado de la defensa de las legítimas expectativas, en la cual se hace una clara distinción entre estas y las simples expectativas y las posibilidades de reforma por parte del Congreso.

Existe una circunstancia dentro del concepto que para efectos del goce del régimen de transición introdujo el artículo 36 en cita:

Como uno de los requisitos alternativos que determinan el derecho a la transición está el de “*quince (15) años de servicios cotizados*”.

Esta expresión puede resultar equívoca con referencia a sistemas anteriores que no exigían el requisito de densidad de cotizaciones (como sucede, por ejemplo, con el del Código Sustantivo del Trabajo o el de la Ley 33 de 1985), pero la exclusión que de la expresión podría resultar, aparece clarificada plenamente en el artículo 2º del Decreto Reglamentario 813 de 1994, que alude de manera precisa a las posibilidades de “*haber cotizado o prestado servicios*”.

ii. Régimen de Transición como una expectativa legítima que determina una especial protección:

El Gobierno, ante las angustias del déficit para pensiones y mantener la sostenibilidad financiera del sistema, en varias oportunidades ha llevado a la consideración del Congreso proyectos de ley reformativos de la transición.

El Congreso ha producido dos leyes sobre esta materia, que la Corte Constitucional ha declarado inexecutable por violar las LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS, concepto nuevo en el derecho colombiano, cuyas explicaciones sustanciales, siguiendo la decisión de la Alta Corporación, se resume en lo fundamental así:

“La creación de un régimen de transición constituye un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse en el momento del tránsito legislativo.

En reiteradas ocasiones esta Corporación se ha pronunciado de manera general sobre el significado y el alcance de la protección constitucional a los derechos adquiridos y sobre las diferencias con la protección que reciben las expectativas legítimas. Así mismo, se ha referido a las diferencias entre estas dos instituciones jurídicas, en relación con la aplicación de los regímenes de pensiones a personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no cumplían los requisitos para acceder a la pensión.

Recogiendo criterios doctrinarios y jurisprudenciales comúnmente aceptados sobre la materia, ha estimado que derechos adquiridos presuponen la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la ley, que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier momento. Entre tanto, en las expectativas, tales presupuestos no se han consolidado conforme a la ley, pero resulta probable que lleguen a consolidarse en el futuro, si no se produce un cambio relevante en el ordenamiento jurídico.

Con todo, la Corte también ha sostenido que el legislador no está obligado a mantener en el tiempo las expectativas que tienen las personas conforme a las leyes vigentes en un momento determinado. Ello se debe a que, por encima de cualquier protección a estos intereses, prevalece su potestad configurativa, la cual le permite al legislador dar prioridad a otros intereses que permitan el adecuado cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho (Sentencia C-613/96 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, F.J. N.º 9)

Y en otra decisión acerca del mismo tema, hace una diferenciación sobre derechos adquiridos y legítimas expectativas, así:

En relación con la diferencia entre derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas y expectativas legítimas o expectativas de derecho, la Corte ha dicho: “Dicho principio está íntimamente ligado a los derechos adquiridos, que son aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley y, por lo mismo, han instituido a favor de sus titulares un derecho subjetivo que debe ser

respetado. De ahí que sea válido afirmar que una ley posterior no puede afectar lo que de manera legítima se ha obtenido bajo la vigencia de una ley anterior. Los derechos adquiridos se diferencian de las meras expectativas, que son aquellas esperanzas o probabilidades que tiene una persona de adquirir en el futuro un derecho que, por no haberse consolidado, pueden ser reguladas por el legislador según las conveniencias políticas que imperen en el momento, guiado por parámetros de justicia y de equidad que la Constitución le fija para el cumplimiento cabal de sus funciones” (Sentencia C-926 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

De igual manera señala la diferencia entre expectativa legítima y simples expectativas u su proyección jurídica en los siguientes términos :

La Corte en dicha sentencia (La C-147 de 1997) continúa su análisis diferenciándolas por otra parte de las meras expectativas que reciben una protección más precaria, aclarando el objeto y alcance de la protección constitucional a estas expectativas, diciendo que: “La ley nueva sí puede regular ciertas situaciones o hechos jurídicos que aun cuando han acaecido o se originaron bajo la vigencia de una ley, no tuvieron la virtud de obtener su consolidación de manera definitiva”. Así mismo, aclaró que “las expectativas pueden ser objeto de alguna consideración protectora por el legislador, con el fin de evitar que los cambios de legislación generen situaciones desiguales e inequitativas o de promover o de asegurar beneficios sociales para ciertos sectores de la población o, en fin, para perseguir cualquier otro objetivo de interés público o social”.

Al concretar el tema con referencia a pensiones , la diferenciación entre derecho adquirido y meras expectativas se traduce en el siguiente concepto:

...(La Corte en la sentencia C-596 de 1997 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) se refirió específicamente a la diferencia entre derechos adquiridos y expectativas de derechos en materia de pensiones. Sostuvo que puede afirmarse que se ha adquirido un derecho cuando se cumplen las condiciones consagradas en la ley para acceder a el. De lo contrario se trata de meras expectativas. Así, cuando las personas no han cumplido los requisitos para acceder a la pensión antes del tránsito legislativo, lo que dichas personas tienen son simples expectativas legítimas o expectativas de derechos , las cuales no son objeto de la protección consagrada en el artículo 58 de la Carta.

En el aparte respectivo la Corte dijo:

“Justamente por cuanto los derechos a la seguridad social no se tienen por el simple hecho de ser la persona humana, así como sucede con los derechos fundamentales o derechos de primera generación, para ser titular de ellos es necesario acreditar el cumplimiento de los requisitos que la ley, de manera general, impone para adquirirlos. Cuando en vigencia de la ley que señala tales requisitos, estos llegan a cumplirse, se habla de derecho adquirido en materia de seguridad social. Cuando, por el contrario, durante el término de vigencia de la ley que prescribe tales condiciones, la persona que aspira a la titularidad de ellos está en vía de cumplirlas, se habla de expectativa de derecho.

“Las consecuencias jurídicas en uno y otro supuesto son bien distintas : Los derechos adquiridos al tenor del artículo 58 de la Carta Política, no pueden ser desconocidos por leyes posteriores; no así las simples expectativas de derecho.

“Para el caso concreto de las personas a las que se refiere la norma demandada, esto es, las personas beneficiarias del régimen de transición al que se ha hecho referencia en esta sentencia, resulta evidente que, por cuanto ellas al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993 no habían cumplido aún con los requisitos exigidos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez por el régimen pensional al cual estuvieran afiliadas, no habían adquirido ningún derecho en tal sentido y sólo tenían al respecto una expectativa de derecho).

... La Constitución delega al legislador la función de configurar el sistema de pensiones, y le da un amplio margen de discrecionalidad para hacerlo, precisamente para garantizar que el sistema cuente con los “medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante” y para darle eficacia a los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad, conforme al artículo 48 de la Carta ...

...En relación con las condiciones de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, la protección constitucional a favor del trabajador, que le impide al legislador expedir normas que les permitan renunciar a ciertos beneficios considerados como mínimos, no se refiere a las expectativas legítimas, sino a aquellos derechos que hayan sido adquiridos por sus titulares o a aquellas situaciones que se hayan consolidado definitivamente en cabeza de sus titulares...

Con todo, ello no significa que la amplia potestad configurativa del legislador para fijar la edad y el tiempo de servicios necesarios para acceder a la pensión pueda ejercerse de manera arbitraria y terminar desconociendo de facto el derecho constitucional irrenunciable a la seguridad social. En particular estas dos condiciones de edad y tiempo de servicios tienen que ser acordes con la realidad social concreta del país, y deben tener en cuenta factores esenciales como lo son, entre otros, la expectativa de vida histórica y actual de los colombianos, y los índices de mortalidad, y otros aspectos demográficos y financieros, de tal modo que se les permita a las personas gozar efectivamente del derecho a la pensión.

Y, hace la siguiente precisión alrededor del artículo 36 de la Ley 100 :

La Corte en sentencia C-584/97 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) dijo: “En principio corresponde al legislador la definición de los requisitos necesarios para que una persona acceda a los derechos que integran la seguridad social. Sin embargo, una limitación desproporcionada, afectaría la norma constitucional que establece este derecho. Como quedó visto, en el presente caso, la nueva condición restrictiva tiene una finalidad legítima y es útil y necesaria para alcanzarla” ...

De esta manera y teniendo en cuenta que el régimen de transición consagra únicamente la posibilidad de obtener la pensión para aquellas personas que cumplan con los requisitos establecidos en la misma norma, no es posible argumentar que se trata de un derecho adquirido, sino de una circunstancia en la cual las personas no cumplieron los requisitos definidos por el legislador para acceder al régimen de transición. . .

Como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador previó el régimen de transición a favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran con determinados requisitos. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco; y, en tercer lugar, los hombres y mujeres que independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme lo establece el artículo 151 de dicha ley.

A su vez, como se desprende del texto del inciso 4º, este requisito para mantenerse dentro del régimen de transición se les aplica a las dos primeras categorías de personas; es decir a las mujeres mayores de treinta y cinco y a

los hombres mayores de cuarenta. Por el contrario, ni el inciso 4° ni el inciso 5° se refieren a la tercera categoría de trabajadores, es decir, quienes contaban para la fecha (1° de abril de 1994) con quince años de servicios cotizados. Estas personas no quedan expresamente excluidos del régimen de transición al trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al inciso 4°, y por supuesto, tampoco quedan excluidos quienes se trasladaron al régimen de prima media, y posteriormente regresen al de ahorro individual, conforme al inciso 5°...

Conforme al principio de proporcionalidad el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo. La Corte ha sostenido que no es contrario a la Constitución que por virtud de un tránsito de leyes el legislador trate de manera diferente a personas que realizan el mismo trabajo durante la misma cantidad de años, y cuya diferencia es el momento en el cual adquieren el derecho a pensionarse. Sin embargo, este cambio en las condiciones en que las personas se pensionan no puede ser desproporcionado.

Y sobre las razones de las que se deriva la protección indicada, expresó la Corte Constitucional:

De las consideraciones transcritas se desprende, sin lugar a dudas, que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 i) “constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo”; ii) Que este instrumento ampara a los trabajadores, hombres y mujeres, “que al momento de entrar en vigencia el sistema”, tuvieran más de cuarenta años o treinta y cinco años, respectivamente, y a quienes “independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados” y iii) Que los amparados por este régimen “si bien no han adquirido el derecho a pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo...”

Una vez que haya entrado en vigencia la disposición que consagra el régimen de transición, los trabajadores que cumplan con los requisitos exigidos para el mismo, consolidan una situación jurídica concreta que no se

les puede menoscabar. Además, adquiere la calidad de derecho subjetivo que no puede ser desconocido por ningún motivo, pues le da a su titular el reconocimiento de la prestación en las condiciones prescritas en la normatividad anterior y la de acudir al estado a través de la jurisdicción para que le sea protegida en caso de desconocimiento de la misma...” (Sentencia C-754 de 2004 (10 de agosto), referencia: expedientes D-5092 y 5093 acumulados. Demanda de Inconstitucionalidad del art. 4º de la Ley 860 de 2003. M.P. ALVARO TAFUR GALVIS)

iii. El Ingreso Base de Liquidación respecto de las pensiones del régimen de transición:

El artículo 36 en comento, en cuanto al monto del IBL que da lugar a la determinación de la pensión, expresa en el párrafo o inciso segundo:

“El monto de la pensión de vejez ...será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados...”

Y más adelante, el párrafo o inciso tercero, como quedó luego de la inexecutable parcial declarada conforme a la Sentencia C-168 de 1995, se señala:

“El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior (las que tienen derecho a la transición) que les faltare menos de diez años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.”

Estas dos definiciones han creado interpretaciones diferentes.

La Corte Suprema de Justicia ha interpretado la norma teniendo en cuenta las directrices de la sentencia de marzo 27 de 1998, dentro del proceso de radicación N°. 10440 cuyo ponente fue el Dr. JOSÉ ROBERTO HERRERA VERGARA, así:

“... Lo atinente al Ingreso Base para liquidar la pensión por vejez quedó gobernado por el nuevo régimen, salvo para quienes a la fecha en que éste entró en vigor (1º de abril de 1994) les faltaren menos de diez años para cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicios o de cotizaciones según el caso.

“...lo anterior permite colegir que, con prescindencia de la naturaleza jurídica del vínculo laboral que los unió con su empleador, el ingreso base de liquidación de pensión por vejez de quienes al 1º de abril de 1994 les faltare menos de diez años para adquirir el derecho, así sea este inferior a dos años(), “será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor”...”*

() La Corte no tuvo en cuenta la inexequibilidad de parte de la norma de acuerdo con la sentencia ya referida del mes de abril de 1995, a que se hizo referencia.*

Se deriva de lo anterior, que en cuanto al punto en análisis, la Corte, al interpretar la norma no encontró contradicción alguna en el texto del artículo 36 acerca de este tema, sino que y esta es su conclusión en la norma se contemplan dos reglas diferentes en cuanto a la determinación del Ingreso Base de Liquidación:

- I Una, respecto de quienes para el 1º de abril de 1994 les faltaban menos de diez años para adquirir el derecho, caso en que se rige por el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para obtenerlo, y
- II Para los demás casos, esto es cuando les hiciere falta más de 10 años, se tomará la regla de tener en cuenta lo cotizado durante todo el tiempo de servicio.

Pero, si ello es cierto, ¿por qué desechar la primera parte del precepto, escindiéndolo en cuanto a que el monto de la pensión “será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentran afiliados”?

A su vez el Consejo de Estado ha considerado que la expresión “monto” en la forma utilizada por el legislador :

“...no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión no es sólo un número abstracto que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse , según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la Ley 100. Por manera que si las personas sometidas al régimen de transición

deben jubilarse con la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión gobernados por las normas anteriores a la Ley 100, no ve la Sala cuáles son las demás condiciones para acceder al derecho, que según la última regla del inciso 2º en análisis se rigen por dicha ley”

De otro lado, la Sala también observa que en el inciso tercero del artículo 36 están previstos un ingreso base y una liquidación aritmética diferente a la que dedujo la Sala de la interpretación del inciso 2º., puesto que del monto que se rige por las normas anteriores se infiere un ingreso base regido igualmente conforme al ordenamiento jurídico anterior, lo cual pone de presente la redacción contradictoria de tales normas, que conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política a tener en cuenta la más favorable, o sea la primera regla del inciso segundo.” (sentencia de 21 de septiembre de 2000).

Frente a la posición doctrinaria del Consejo de Estado, vale la pena acotar: No siempre resulta más favorable para el solicitante de la pensión de transición su interpretación, ya que en casos concretos el ingreso base de liquidación y monto de la pensión “establecida en el régimen anterior al cual se encuentran afiliados”, especialmente el que se deriva de algunos regímenes especiales en el sector estatal incluido el de la Ley 33 de 1985, podrían resultar en mengua.

Al hacer el análisis sobre el punto , Fernando AFANADOR NÚÑEZ, en el apartado de su obra sobre seguridad social dedicado al régimen de transición, parte del supuesto de que cuando la norma se refiere al “*régimen anterior al cual se encuentren afiliados*”, éste “*no es otro distinto de aquel a cuyo amparo se encontraban cotizando quienes estaban activos como trabajadores para la fecha en que entró a regir el nuevo ordenamiento pensional o el último que había servido de base para la liquidación de los aportes y respecto del cual tenían vocación para pensionarse las personas que por cualquier causa no se encontraban empleados y cotizando para la fecha en que la ley entró en vigencia ...*”

Y concluye el autor citado precisando acerca del IBL que:

“La determinación del IBL , para la aplicación del porcentaje mediante el cual se señalará la pensión de cada beneficiario debe depender del procedimiento imperante en el régimen anterior y no de la norma transicional como equivocadamente lo interpretan los funcionarios de las cajas previsionales oficiales por tener cumplido con anterioridad al nuevo

régimen- el tiempo de servicio generador del derecho. Queda claro en nuestro sentir, que la regla del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en cuanto al IBL, es sólo para quienes les faltaba tiempo de servicio.

De todas formas, la redacción utilizada es ambigua, y pareciera que se desligan e independizan dos aspectos: Uno el del valor de la pensión en sí y otro el de la forma de liquidar el IBL, como si no tuvieran conexión alguna, cuando lo cierto es que el monto del ingreso base de liquidación, siempre será determinante del segundo, por cuanto es aquel al que se aplica el porcentaje que determina la cuantificación del derecho.

Podría entenderse en cuanto a este asunto (como lo ha entendido Gerardo Arenas Monsalve, en el acápite sobre este tema de su obra “Derecho de la Seguridad Social”, pág. 297 y ss.) a quienes les faltaban menos de diez años para adquirir el derecho a la fecha en que entró en vigencia el régimen de pensiones (1º de abril de 1994), el derecho se liquida con el promedio del tiempo que les hacía falta para pensionarse.

Pero, “El ingreso base de liquidación de la pensión de las personas a las que les faltan más de diez años para adquirir el derecho ... a falta de regla expresa en la norma de transición (será) el que corresponde como criterio general, es decir, “el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado dentro de los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión... actualizados anualmente”. Esto es, se seguiría la regla general establecida en el artículo 21 de la Ley 100.

Esta solución, resulta de equidad y sería la aceptable en la medida en que no violentaría al aplicarse el principio de inescindibilidad de las normas, y que elimina el entendimiento que sobre el mismo tema se ha dado por entes de seguridad social encargados de la satisfacción del derecho.

Para ilustrar el problema, y buscar suficientes elementos de juicio que permitan llegar a una conclusión, se trae a colación una alegación producida dentro de un caso concreto:

DEL ACTO RECURRIDO:

El acto administrativo contenido en la Resolución LAMC 51371 se sustentó en la consideración según la cual “la reliquidación de su pensión se debe efectuar con el 75% del promedio de lo devengado entre el 1º de diciembre de 1995, hasta el 30 de noviembre de 2005, último salario aportado”, estableciendo el valor de la mesada en \$ 560.616.71, tomando un IBL de \$ 747.488.95.

La sustentación de la decisión se hace sobre el siguiente argumento:

Que el artículo 36 de la ley 100 de 1993, contempla el régimen de Transición, el cual establece que quienes a la fecha de vigencia del Nuevo Sistema General de Pensiones contaran con 15 años de servicio o más, o tuvieran 35 años de edad, en el caso de la mujer o 40 años si es varón, se les respetará la edad, el tiempo y el monto de la pensión que señalen las disposiciones contenidas en el régimen anterior. Sin embargo, aclara que las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por lo establecido en la ley 100 de 1993.

*Que el señor *****, ya identificado, se encuentra amparado por el régimen de transición y en consecuencia se pensionó con 20 años de servicio, 55 años de edad y el 75% como monto de la pensión, tal y como lo indica la Ley 33 de 1985.*

Pero el período sobre el cual se liquida la pensión, así como los factores salariales que debe tomarse en cuenta en la liquidación, son los indicados en la Ley 100/93 y su Decreto Reglamentario 1158/94, que no contempla los factores solicitados, como ítems que integren el ingreso base de cotización.

Que la incorporación al sistema general de pensiones implica que a partir del 01 de abril de 1994 al recaudo de los aportes se debe efectuar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994 que señala:

“ARTÍCULO 1º. El artículo 6º del Decreto 691 de 1994, quedará así: “Base de Cotización”. El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a. La asignación básica mensual*
- b. Los gastos de representación*
- c. La prima técnica, cuando sea factor de salario*
- d. Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.*
- e. La remuneración por trabajo dominical o festivo*
- f. La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras o realizado en jornada nocturna*
- g. La bonificación por servicios prestados*

No obstante al adquirir su status de pensionado el 04 de febrero de 2002, es decir en vigencia de la ley 100 de 1993, al reglamentarse esta última ordenó la incorporación de los servicios públicos en el nuevo sistema general de pensiones, mediante el Decreto N°. 691 de 1994, lo cual implicaba que quedarán sujetos al nuevo tratamiento que debía tener el ingreso Base de Cotización para el nuevo sistema y que a la postre se tradujo en la expedición del Decreto 1158 de 1994 que modificó el artículo 6º del precitado Decreto 691 de 1994, como ya se mencionó.

Como puede verse no es opcional por parte de esta entidad el hecho de incluir en la liquidación de la prestación litigiosa, los factores salariales reclamados por el interesado, por cuanto dicha disposición fue subrogada por el Decreto entrante y a que se hizo previa referencia, sobre estos factores se consideraría ilegal, pues la norma en mención señala taxativamente sobre cuáles factores deben hacerse los correspondiente aportes al sistema no permitiendo salirse del marco establecido en la misma.

ANÁLISIS:

Estamos de acuerdo, por cuanto la realidad de la prestación del servicio así lo indica, que en el caso que nos ocupa, el extrabajador *“se encuentra amparado por el régimen de transición y en consecuencia se pensionó con 20 años de servicio, 55 años de edad y el 75% como monto de la pensión, tal y como lo indica la Ley 33 de 1985”*.

También resulta claro que el régimen que le es aplicable es el denominado de TRANSICIÓN, que se concreta en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que determinó al decir de la H. Corte Constitucional unas expectativas legítimas.

Con base en dicho principio, la H. Corte Constitucional en la sentencia C-789 del 24 de septiembre de 2002 señaló la siguiente doctrina que resulta de plena obligatoriedad, por entenderse que hace parte de las normas constitucionales y legales que se analizan:

“Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo. Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajador, como valor fundamental del Estado (CN. Preámbulo, art. 1), y como derecho-deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de proporcionalidad y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión al entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme al art. 151 del art. 151 de la Ley 100 de 1993 (abril 1º de 1994), terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión.”

El artículo 36 primigenio, que en el caso que nos ocupa y con sustento en la doctrina constitucional arriba citada, continúa vigente, ya que resulta vedado al legislador, al funcionario administrativo o al intérprete crear condiciones de desfavorabilidad con referencia a las previsiones legítimas que en esa oportunidad se establecieron, de manera clara preceptuó que en el caso de quienes estaban amparados por el régimen de transición *“la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez ... será el establecido en el régimen anterior al cual se encuentran afiliados.”*

El monto de la pensión de vejez, dentro del régimen de la Ley 33 de 1985, en su artículo primero dispuso:

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

Pretender, como lo hace la resolución glosada, liquidar sobre el promedio del 75% de lo devengado en los últimos diez años de servicio, significa una ostensible violación del ordenamiento jurídico por cuanto:

1. Si la norma de la Ley 100 de 1993 habla del promedio de los 10 últimos años, dicho referente está orientado básicamente respecto de quienes antes de la Ley estaban sujetos a un criterio para establecer su IBL, sobre factores diferentes al que establecía la Ley 33 de 1985. Persistir en una interpretación de esta naturaleza, es violentar el principio de igualdad a que se refieren los artículos 13 y 53 de la Carta Política, ya que no existe razón alguna desde la perspectiva Aristotélica para dicha

discriminación, y menos cuando de aplicarse el régimen del ISS, con una densidad de cotizaciones como la que se da en el caso presente, hubiese dado lugar a establecer la mesada pensional aplicando el 90% respecto del citado IBL.

2. Interpretar la norma como lo hizo CAJANAL violenta el principio de la favorabilidad para el trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho (art. 53 del estatuto superior).

3. Lo que en la práctica se hizo en el acto administrativo fue tomar apartes de dos normas diferentes, de lo que se concluye que asumió las funciones del legislador, ya que creó norma, violando de contera el principio de la inescindibilidad, que ha sido tutelar en el derecho y en especial en la rama laboral.

En consecuencia, el servidor público que dictó el acto administrativo (cuyas actuaciones deben estar al servicio de la comunidad dentro de la legalidad), violó normas superiores y legales al establecer en su proveído un fundamento contrario a los principios legales y constitucionales, por lo que cabe esta reposición.

Por tanto, el valor de la pensión ha debido tomarse respecto del 75% del salario del último año de servicio que fue en promedio de \$ 1.014.877., lo cual determina un valor de mesada pensional de \$ 761.157.

Sólo como elemento por anotar se señala que así se aceptara el cálculo porcentual hecho en la Resolución recurrida, el valor del IBL resultaría de \$ 814.909 y no el establecido.

iv. La retroactividad del pago de la pensión:

Ha sido esta cuestión uno de los aspectos que vienen dando ocasión a un número de demandas elevadas en contra del ISS, y, por qué no decirlo, factor de desprotección del cotizante.

El ISS, de acuerdo con concepto interno al que se le ha dado la categoría de principio normativo, ha venido exigiendo que para el disfrute del derecho con retroactividad a la fecha en que se consolidó el derecho y/o se presentó la solicitud de pensión, debía estar terminada y liquidada la relación de trabajo con el último empleador.

La exigencia legal se define en este sentido, con referencia a la obligación de cotizar, respecto de la cual el art. 4º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, señaló de manera clara que:

La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

Del precepto transcrito se deduce una circunstancia clara: si se ha consolidado el derecho de pensión en cabeza de una persona y, por tanto, se deja de cotizar para pensión de vejez, es obvio que no procede el pago de

más cotizaciones y que el cotizante, a partir de ese momento, tiene a su favor un derecho que debe ser reconocido por el sistema.

La interpretación dada por el ISS viola claros derechos constitucionales; en primer lugar el derecho fundamental al trabajo por cuanto el derecho a la pensión se deriva de la vinculación al sistema y pago de cotizaciones para pensiones, luego hay una conexidad manifiesta entre uno y otro. Por otra parte, sabida es la demora por parte del ISS para reconocer el derecho, por lo que pretender que quien lo ha adquirido cese de trabajar, además de violentar el derecho al trabajo también podría llegar a desconocer los derechos a la vida digna (el salario es fuente de subsistencia del trabajador) y al desarrollo de la libre personalidad (el trabajo dignifica y permite reafirmar nuestra propia identidad).

En este caso, los organismos oficiales han partido de un supuesto malévolo (que se encaja dentro de esa visión “de la maldad del derecho y del Estado”) : sólo reclaman el 30% de los ciudadanos, por lo cual el sistema se ahorra el 70% de los valores por retroactividad, lo cual no puede considerarse serio, jurídico y menos aún equitativo, constituyendo un flagrante desconocimiento de los principios que informan nuestro sistema.

Circunstancia diferente es la que se presenta con referencia a solicitudes de quienes son servidores públicos, por cuanto se estaría en el caso de la prohibición de recibir dos asignaciones del tesoro público, por cuando dado el déficit del sistema de seguridad social hoy las pensiones se pagan con cargo a éste.

v. Principios consagrados en la Carta Política, luego del A.L. 01 de 2005:

Los beneficios del régimen de transición se concretan a los establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 , que para el caso concreto dispone:

- Se aplica para quienes al momento de entrar en vigencia la Ley 100, tuviesen: 35 años de edad si son mujeres, 40 años de edad si son hombres.
- La edad (hasta el 2014 : 60 años para el hombre y 55 para la mujer y luego de esa fecha se incrementan esas edades en dos años, esto es, 62 años para el hombre y 57 para la mujer.
- El Ingreso Base de Liquidación será conforme a las reglas atrás analizadas.

- **NO SE APLICA:** Para quienes se acojan al régimen de ahorro individual, salvo para quienes estando en este se trasladen al régimen de prima media.

No obstante, con referencia a quienes se trasladaron en un momento al régimen de ahorro individual, a fin de prevenir las situaciones de evidente inequidad ya anotadas, se debe tener en cuenta que el artículo 3º. del Decreto 3800 de 2003 permitió a quienes regresaren al sistema de reparto, el reconocimiento del derecho dentro de este sistema se condiciona al cumplimiento de los siguientes requisitos:

Al cambiarse de régimen trasladar al de prima media el saldo de la cuenta de ahorro individual (debe entenderse que corresponde a cotizaciones más rendimientos financieros), existiendo un vacío en cuanto al tratamiento que debe darse a las cotizaciones extraordinarias, ya que no existe aún reglamentación que permita pagar cotizaciones voluntarias en el régimen de prima media.

El saldo no puede ser inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez (esto es, no se tienen en cuenta los valores que se destinan al cubrimiento de las contingencias de invalidez y muerte).

vi. Extinción del Régimen de Transición :

La extinción del régimen de transición está claramente regulada en el Acto Legislativo 01 de 2005, que estableció la siguiente regla:

- EXPIRA EL 31 DE JULIO DE 2010.
- Pero contempla una EXCEPCIÓN: Quienes hayan cotizado 750 semanas para la fecha en que entró en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 o su equivalente en tiempo de servicios (29 de julio del mismo año, que corresponde a la fecha de su publicación en el *Diario Oficial* 45984) : SE MANTIENE HASTA EL AÑO 2014.

vii. Normas anteriores aplicables a los beneficiarios del régimen de transición:

Las normas de mayor aplicación son :

1. AFILIADOS AL ISS :	ACUERDO O49 DE 1990 (Dcto. 758 de 1990)
2.RAMA JUDICIAL :	DECRETOS 1359 DE 1993 1293 DE 1994
3. SECTOR PUBLICO:	Ley 33 DE 1985 Factores salariales: Dcto. 1158 de 1994.
4. CASO ESPECIFICO DEL SENA:	Ley 119 de 1994: art. 46
5.SECTOR PRIVADO NO CUBIERTO POR EL I.,S.S.:	Art. 260 y s.s. CST

viii. La indexación de la Primera mesada:

El reajuste de la primera mesada, buscaría crear condiciones de equidad en aquellos casos en los cuales “el valor real del salario con referencia al cual se determina el monto de la pensión en proporción al tiempo de servicio en comparación con el que tenía cuando se produjo el retiro del trabajador, será muy inferior al momento de hacerse exigible la obligación pensional” (CSJ, sentencia agosto 5 de 1996, expediente 8616), proyectándose en esta forma los efectos negativos de la inflación.

No ha existido en la Corte Suprema una doctrina pacífica sobre esta materia, ya que se dan fallos contradictorios, vale decir, los que la aceptan, otros que definitivamente lo niegan , como es el caso de la sentencia de agosto 18 de 1999 (expediente 11818. Mag. Carlos Isaac Náder) de acuerdo con la cual:

“ La tesis estricta de la “indexación de la primera mesada pensional” conduciría al extremo de tener que actualizar , con base en el costo de vida, no sólo los derechos exigibles, sino las bases salariales de su establecimiento, principio que aplicado a otras situaciones iguales aparejaría fatalmente una indexación general de los salarios y las bases de liquidación de todas las prestaciones con sus perturbadoras consecuencias jurídicas y económicas; así las cosas, los acuerdos celebrados en el contrato de trabajo o en las convenciones colectivas perderían su validez, en tanto tendrían que quedar sujetos a la referida actualización. De igual modo,, aplicados estos criterios aún después de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se aniquilarían los efectos del inciso 3º del art. 36 que si estableció, por primera vez, la corrección monetaria del IBL de pensión de vejez o jubilación, pues lo concebido en los fallos anteriores al presente sobre el punto, contraría el texto de la nueva ley, si en cuenta se tiene que ésta actualiza la base de cotizaciones de los años indicados en el precepto, y no la primera mesada.”

Otros pronunciamientos de la Corte Suprema, reiteran la tesis en contra de la indexación en el régimen de transición, que en su parte pertinente se transcriben:

1 *“Es cierto que la Sala en recientes pronunciamientos ha tenido la oportunidad de reexaminar el tema y por mayoría viene aceptando la reevaluación de la base salarial para liquidar las pensiones, siempre fincada en el supuesto de considerar que las nuevas disposiciones consignadas en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, fijan un nuevo marco normativo que abre el camino para proceder a la actualización de la base salarial y fijar el monto de la pensión, pero siempre y cuando se trate de pensiones legales, de donde se infiere que se excluyen las voluntarias y las convencionales, y que el beneficiario haya cumplido la edad, en vigencia de la Ley de Seguridad Social en materia de pensiones; es decir, a partir del 1° de abril de 1994; lo cual no ocurrió en el sub lite. En efecto, se ha reconocido el derecho a la indexación de la base salarial para calcular el monto de la pensión, pero no de manera indiscriminada, porque se ha respetado la consagración normativa vigente en el momento respectivo, como también el origen de la prestación y, de allí que se haya hecho diferencia entre las pensiones de naturaleza convencional de las de origen legal y, en relación con estas últimas, se ha tomado en cuenta si se configuró el derecho antes o después de la Ley 100 de 1993, que es la norma que de manera directa y concreta permite la actualización monetaria de aquellas pensiones legales causadas dentro de su vigencia.*

“... la corrección monetaria 'judicial' del valor de la primera mesada se aparta de la filosofía y estructura de la seguridad social, dado que ésta opera como un régimen contributivo que únicamente subsiste en la medida en que sus ingresos sean suficientes para cubrir las obligaciones correspondientes, entre ellas las pensionales. Si alguien deja de cotizar pero aumenta la base de liquidación de su pensión, genera un desequilibrio al sistema de ingresos y egresos al que se ha aludido, con el consiguiente detrimento de la capacidad de la entidad pagadora de pensiones para sufragar oportunamente la totalidad de ellas, con sus consecuentes repercusiones de orden social, lo cual es necesario anotar porque las pensiones, como realmente corresponde a su esencia, se encuentran ahora establecidas a cargo del Sistema de Seguridad Social Integral, como regla general.” (Sentencia de 2004 junio 23, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, M. Ponente, Gnecco Mendoza, Gustavo José)

- 2 La Corte en salvamento de voto hecho por los Mags. Carlos Isaac Náder y Francisco Ricaurte Gómez , respecto de la sentencia del 9 de mayo de 2006, se consignó:

“Nos permitimos expresar nuestro disentimiento respecto de la decisión mayoritaria de la Sala en cuanto acoge la tesis de la indexación del ingreso base de liquidación para pensiones a cargo directo del empleador, pues es opinión reiterada de los suscritos que la actualización monetaria prevista en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no tiene lugar tratándose de pensiones a cargo directo del empleador, como en este asunto que trata de una prestación a cargo del BANCO POPULAR-, circunstancia que lo coloca por fuera de la estructura económica pensional de esa normativa, sino cuando la prestación está a cargo de una entidad administradora de pensiones, salvo las excepciones del caso como por ejemplo en la hipótesis en que se reconozca una pensión de las contempladas en la Ley 100 y se impongan directamente al empleador como consecuencia de moral en el pago de las cotizaciones o de falta de afiliación. En consecuencia, salvamos el voto en este aspecto.(sic)”.

ix. La pensión de sobrevivientes en el régimen de transición:

Desde la vigencia del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en cuanto a su texto original, se ha venido manejando el principio de la CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA con referencia a los regímenes aplicables por efectos de la transición.

Al respecto, ha sido reiterada la tesis de la Corte en el mantenimiento de las condiciones anteriores, aspectos que se pueden evidenciar de la lectura de los siguientes textos:

- *“Cuando el afiliado fallecido no cumple con el requisito de las 26 semanas exigidas por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 para obtener la pensión de sobrevivientes (hoy, 50 semanas dentro de los 3 años inmediatos al fallecimiento), no es aplicable al caso bajo examen; porque de acuerdo con el criterio mayoritario de esta Sala de la Corte, para completar o computar las “300 semanas cotizadas en cualquier época” de que trata el artículo 25 del Acuerdo 49 de 1990, no es dable tomar las cotizaciones que aparezcan en vigencia del nuevo sistema general de pensiones...”*
En esta sentencia, la Corte cita la sentencia del 21 de septiembre de 2006, que al efecto señaló :

‘... Cuando un afiliado hubiese reunido el número mínimo de semanas cotizadas para dejar causado el derecho a pensión de sobrevivientes, en vigencia de los artículos 6º y 25 del Acuerdo 49 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, como eran 300 semanas en cualquier época ó 150 dentro de los seis años anteriores a la muerte, pero falleciere después de que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 sin reunir los requisitos del artículo 46, que exige que quien se encontrare en ese momento cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos 26 semanas o que habiendo dejado de hacerlo, hubiere cotizado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior a su deceso; era procedente considerar la primera normatividad citada, para dar aplicación al principio constitucional de la condición más beneficiosa en materia de pensión de sobrevivientes, pero en manera alguna se dijo que ambas disposiciones podían escindir-se; ya que se aplican la una o la otra en su integridad, no parcialmente; lo cual quiere decir que a las cotizaciones efectuadas antes de entrar en vigencia la mencionada ley, no es dable sumarle las que se hayan hecho después de su vigencia, con el fin de completar las 300 o 150, según el caso”
(Sentencia de Casación de 5 de octubre de 2006, Radicación 28549, Mag. Dr. Luis Javier Osorio López).

En igual sentido se han dado reiterados pronunciamientos de la Corte, de manera que frente a este caso podríamos hablar de la existencia de un precedente jurisprudencial (Cfr. Sentencia de 26 de sept. de 2006, proceso 29042, Mag. Dr. Carlos Isaac Náder; Sent. 21 de sept. 2006, radicación 28503, M.P. Dr. Luis Javier Osorio López)

x. El régimen de transición pensional para trabajos de alto riesgo:

Entre las reglamentaciones expedidas por el Gobierno acerca del régimen pensional para trabajadores de alto riesgo, el Decreto 2090 de 2003 en su artículo 6º hizo alusión al régimen de transición, estableciendo que :

“Quienes a la fecha de vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, ésta le sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo”

Así mismo en la norma transcrita, incluyó un PARÁGRAFO, del siguiente tenor:

“PARÁGRAFO: Para ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deben cumplir en adición a los requisitos aquí señalados, los previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003.”

La norma fue demandada ante la Corte Constitucional que decretó su constitucionalidad condicionada , en sentencia C-663 de 29 de agosto de 2007, teniendo en cuenta que la norma podía perjudicar a los trabajadores de alto riesgo con mayor antigüedad, teniendo en cuenta que entre el régimen anterior y el nuevo transcurrieron 9 años, período en el que matemáticamente no se pueden completar 500 semanas, por lo que podrían perderse las semanas cotizadas antes del Decreto 1281 de 1994 y no obtener la pensión especial.

Por tanto, el requisito de las 500 semanas se debe computar con lo cotizado al sistema especial de trabajos riesgosos anterior a la Ley 100 de 1993 y su norma reglamentaria, el Decreto 1281 de 1994.

Debe tenerse en cuenta que el Decreto en mención empezó a regir el 28 de julio de 2003.

xi. Reajuste del valor de las mesadas:

El artículo 53 de la Carta Política, dentro de los principios mínimos fundamentales del estatuto del trabajo, incluyó con cargo al Estado la obligación de garantía del derecho “al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”.

Significa lo anterior que el reajuste no solamente constituye un derecho de raigambre u origen constitucional, sino también es un principio mínimo fundamental del estatuto del trabajo, que debe entenderse como una consecuencia de la especial protección del derecho fundamental al trabajo, como se define en el artículo 25 Superior.

El desarrollo legal se consagró en el art. 14 de la Ley 100 de 1993, aplicable a todo tipo de pensiones con el preciso objeto de mantener el poder adquisitivo de su valor. Dispuso su reajuste anual de oficio, “el primero de

enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”.

Es entendido que en cuanto al reajuste de las pensiones iguales al salario mínimo legal vigente, que corresponde al valor mínimo consagrado constitucionalmente a partir del Acto Legislativo 1 de 2005, el reajuste tiene un matiz diferente, en la medida en que procede “de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incrementa dicho salario por el gobierno, cuando dicho reajuste resulte superior al de la variación del IPC previsto” para el reajuste general (art. 41 DR 692 de 1994).

Al examinar la constitucionalidad del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional mediante sentencia C- 387 del 1º de septiembre de 1994 al analizar la actualización monetaria de las pensiones con base en el Índice de Precios al Consumidor, como regla general, enfrentada al principio de que no puede existir pensión alguna inferior al equivalente del salario mínimo legal, hizo las siguientes consideraciones fundamentales:

“ Ciertamente el artículo citado consagra un trato diferencial, mas no discriminatorio, en materia de reajuste de pensiones, pues quienes reciben pensión superior al salario mínimo legal mensual, tienen derecho a que se les reajuste ésta según la variación porcentual del índice de precios al consumidor; mientras que para las personas cuya pensión sea igual al salario mínimo legal mensual, se les incrementa en la misma proporción en que se aumente dicho salario. Sin embargo, no se puede hablar de discriminación porque el reajuste pensional cubre a “todos” los pensionados sin importar la cuantía de su pensión.

Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.

Si el salario mínimo se ha definido como aquella suma de dinero suficiente para que el trabajador pueda satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo; la pensión mínima también debe permitir al

pensionado lograr un nivel de vida, que como se lee en la Declaración universal de derechos humanos (art. 25), le asegure no sólo a él, sino también a su familia, “la salud, el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”.

Recuérdese que la pensión, como lo ha afirmado esta Corte, es “un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo... En otras palabras, el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador” (sent. C-546/92, M.P. Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez C.)

Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

El reajuste de las pensiones, tanto para los que devengan pensiones superiores al mínimo como para aquellos cuyas mesadas son iguales a este, tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad (art. 46 C.N.), quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia. De no existir tales reajustes las pensiones se convertirían en irrisorias, pues la devaluación de la moneda hace que pierdan su capacidad adquisitiva, en detrimento de los pensionados.

xii. Descuentos sobre las mesadas pensionales :

En este caso se trata de unas reglas aplicables a todas las pensiones, por lo cual no puede entenderse como regulación propia del régimen de transición:

1. Generales:

Para SALUD: (Art. 157 Ley 100 de 1993 Art. 204 Ley 100 de 1993)

Por pertenecer LOS PENSIONADOS a la categoría de afiliados que hacen parte del RÉGIMEN CONTRIBUTIVO, deben pagar la totalidad de la cotización para SALUD que corresponde a un 12.5 % del valor de la mesada.

2. Especiales:

2.1. FONDO DE SOLIDARIDAD SUBCUENTA DE SUBSISTENCIA: (Literal d) art. 27 Ley 100 de 1993, art. 8º Ley 797 de 2003)

Corresponde, en virtud del principio de solidaridad sufragar para la cuenta señalada y mediante descuento que el ente que paga la pensión deberá efectuar, un porcentaje diferencial sobre el valor de la mesada pensional, así:

- Para mesadas superiores a 10 salarios mínimos legales vigentes y hasta 20, un 1%
- Para mesadas equivalentes a más de 20 salarios mínimos legales mensuales, un 2%.

2.2. CASO DE QUIENES TENGAN PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES DE CARÁCTER TEMPORAL : (ART. 47 Ley 100 de 1993 . Modificado art. 13 Ley 797 de 2003)

“El beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión , con cargo a dicha pensión.”

La obligación se concreta para el cónyuge o compañero (sea hombre o mujer, pero hasta este momento sólo en el caso de uniones heterosexuales) a quien se ha otorgado pensión de sobrevivencia, que tenga menos de treinta (30) años de edad y no hubiese tenido hijos con el causante, en el entendido que la cotización se descontará del valor de la pensión

xiii. La aplicación de la transición dentro de la Ley 33 de 1985

El problema se manifiesta con referencia a quienes para el momento de la transición no tenían la calidad de empleados oficiales, y se duda acerca de si se les aplica o no la preceptiva de la Ley 33.

Enseña el artículo 1º de la Ley 33 de 1985:

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

Acerca del entendimiento del régimen en cuestión, señala la H. Corte Constitucional en la sentencia T- 625 de 2006 las siguientes precisiones:

“...La negativa del Instituto de Seguros Sociales se funda en que si bien el demandante cumplía con los requisitos alternativos que consagra el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario del régimen de transición, al momento de entrar en vigencia el Régimen General de Pensiones, no acreditaba la calidad de empleado público pues se encontraba cotizando a un empleador privado, razón por la cual no se le podía aplicar el régimen pensional establecido en la Ley 33 de 1985, que exige como presupuestos para acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación, contar con cincuenta y cinco años de edad y veinte años de servicio continuos o discontinuos como servidor público.

*Manifestó la entidad demandada al resolver el recurso de apelación, que si bien “[e]l asegurado es beneficiario del Régimen de Transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por lo tanto, el reconocimiento de la pensión de jubilación es viable estudiarlo teniendo en cuenta la edad, el tiempo de servicios y el monto que en el **Régimen anterior a la vigencia del Sistema General de Pensiones le era aplicable**, en este caso el establecido por Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, por tanto, los requisitos para la pensión son los establecidos en el artículo 12 que prevé que tendrán derecho a la pensión de vejez cuando el hombre adquiera **60 años de edad** y acredite 500 semanas cotizadas al ISS dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima para pensionarse o 1000 semanas en toda su vida laboral; sin embargo, si bien acredita las 500 semanas exigidas por la normatividad en comento, no acredita la edad.*

Que así mismo le puede ser aplicable lo establecido por la Ley 71 de 1988 la cual exige para el derecho a la pensión acreditar mínimo 20 años o más de cotizaciones al ISS y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público, 55 años de edad la mujer o 60 años de edad el hombre y un 75% como monto de pensión, no acreditando la edad”.

La entidad demandada admite que el señor Ojeda Awad, se encuentra cobijado por el régimen de transición, pero no le reconoce el acceso a la pensión de jubilación por no contar con sesenta años de edad, según lo dispone la Ley 71 de 1988. Es decir, acepta que tiene derecho a un régimen más beneficioso, por una parte, pero acudiendo a una interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que desconoce por completo el principio de favorabilidad, aduce que el “régimen anterior” a que se refiere el artículo 36 en mención, es la Ley 71 de 1988 y no la Ley 33 de 1985, por el hecho de que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, se encontraba cotizando al ISS por cuenta de un empleador privado. Ello significa, en otras palabras que el régimen de transición queda completamente desconocido, pues en la práctica lo que se le está aplicando es el régimen general de jubilación que exige la edad de sesenta años para acceder a la pensión de vejez. Para ello, ni siquiera hubiera resultado necesario invocar la Ley 71 de 1988, sino acudir directamente al artículo 33 de la ley 100 que establece los requisitos para acceder a la pensión en cuestión.

El artículo 53 de la Constitución Política consagra el principio de favorabilidad, según el cual en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho, ha de acogerse la situación más favorable al trabajador. En efecto, como lo ha señalado esta Corporación: “el principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la norma es mandato constitucional (artículo 53 C.P.). Además tiene respaldo en toda la doctrina y jurisprudencia laboral y de la seguridad social. Expresamente está establecida la favorabilidad desde la ley 6ª de 1945, artículo 36: “Las disposiciones de esta sección (sobre prestaciones oficiales) y de la sección segunda, en cuanto sean mas favorables a los trabajadores (empleados y obreros) tanto oficiales como particulares, se aplicarán de preferencia a cualquier otra que regule la materia a que aquella se refiere a su turno, estas últimas se aplicarán de preferencia a las referidas secciones de la presente ley, en cuanto fueran más favorables a los trabajadores”. El artículo 21 del C.S. del T. se pronuncia en el mismo sentido. Por lo tanto, ninguna autoridad puede sustraerse a darle plena eficacia a dicho principio.

"En la C-168/95 la Corte Constitucional dijo:

“La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias

interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador”¹³¹.

“La misma C-168 de 1995 dijo sobre favorabilidad, en el tema de pensiones:

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

Desconocer la condición más favorable afecta el debido proceso como lo ha señalado la Corte en las sentencias T-456/94, T-440/98, T-369/98, T-242/98, T-549/98, C-177/98, T-295/99, T-408/00 y T-1294/02.

Dentro del anterior contexto, no puede haber exclusión de beneficios en el caso de regímenes especiales porque si la norma señala varios aspectos beneficiosos, no se puede decir que unos se aplican y otros no. Tal proceder afecta el carácter inescindible de las normas y viola los principios constitucionales antes referidos”¹⁴¹.

El Instituto de Seguros Sociales admite que el demandante es beneficiario del régimen de transición que consagra el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero que no le es aplicable el régimen de los servidores públicos, sin tener en cuenta que el accionante laboró en entidades públicas más de veinte años, acudiendo para ello a una interpretación de las normas que establecen el régimen de transición que, como se dijo, evidentemente desconoce el derecho a la seguridad social del actor.

CONCLUSIONES:

A manera de conclusiones, presento las siguientes:

1. El régimen de transición pensional tiene como especial objeto mantener la vigencia de normas caracterizadas por su favorabilidad para el ciudadano que acomodó su conducta y razón de vida a la expectativa de obtener el derecho bajo las condiciones legales establecidas por el sistema.
2. La defensa del derecho a pensión dentro del régimen de transición se ha reafirmado por la Corte Constitucional, al establecer la teoría de la existencia de legítimas expectativas.
3. El régimen de transición no se aplica para quienes estando en el régimen de reparto o prima media o en regímenes del sector público o privado, se acogieren al Régimen de Ahorro Individual, salvo que posteriormente regresen o se acojan al régimen de prima media.
4. No resulta afortunada la redacción del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en cuanto al tema del Ingreso Base de Liquidación que precede al cálculo del porcentaje pensional, existiendo interpretaciones tanto por la Corte Suprema de Justicia como por el Consejo de Estado, que dificultan la comprensión del problema.
5. El derecho a recibir el valor de las mesadas pensionales, desde la fecha de consolidación del mismo, debe entenderse como independiente de la terminación o no del vínculo laboral, ya que lo que importa es haber reunido los requisitos de edad y densidad de cotizaciones que determinan la existencia del derecho.
6. Dados los problemas que se derivaron para el gobierno de las reformas al régimen de transición, por los fallos de la Corte Constitucional con fundamento en la teoría de las legítimas expectativas, se constitucionalizaron algunos aspectos del derecho a transición, cuya extinción real y definitiva está prevista para el año 2014.
7. La indexación de la primera semana, busca crear condiciones de equidad frente al valor de la mesada y el mantenimiento de su poder adquisitivo, como también acontece con el derecho al reajuste anual de mesadas con base en el incremento de precios al consumidor y sin que pueda existir pensión alguna menor al equivalente del salario mínimo legal.

8. El principio de favorabilidad que se consagró en el artículo 53 de la Carta tiene expresión en cuanto concierne con el régimen de transición, en aspectos sustanciales como el del IBL y frente al mismo sistema normativo por aplicar, esto último en especial para quienes pertenecen al sector público y tienen derecho dentro de la transición a la aplicación de la Ley 33 de 1985 o cualesquiera otra derivada de régimen especial.

BIBLIOGRAFÍA

- AFANADOR NÚÑEZ, Fernando, “Derecho a la Seguridad Social”.
- ARENAS MONSALVE, Gerardo, “Derecho a la Seguridad Social”.
- Código Sustantivo del Trabajo.
- Constitución Política de Colombia.
- Ley 100 de 1993 y normas que la han modificado y reglamentado.
- Sentencias de la Corte Constitucional.
- Sentencias de la Corte Suprema de Justicia.
- Sentencias del Consejo de Estado.