COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia C/258/13

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de constitucionalidad
Referencia	C/258/13
Expediente	—
Fecha	2010-07-31
Sala	Sala Plena
Magistrado ponente	JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Regimen De Transicion En Pensiones A Congresistas, Magistrados De Altas Cortes Y Otros Altos Funcionarios A Los Que Resulta Aplicable
- Regimen Especial De Pensiones De Magistrados De Altas Cortes Y Congresistas
- Interviniente En Accion Publica De Inconstitucionalidad
- Control De Constitucionalidad De Norma Derogada
- /Control De Constitucionalidad De Norma Derogada
- Norma Sobre Regimen Especial De Pensiones De Magistrados De Altas Cortes Y Congresistas

Resumen del caso (según la propia sentencia)

La Corte resolvió: primero.- Declarar IMPROCEDENTE la solicitud de nulidad del proceso, por falta de legitimación. Segundo.- Declarar INEXEQUIBLES las expresiones “durante el último año y por todo concepto“, “Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal”, contenidas en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, así como la expresión “por todo concepto”, contenida en su parágrafo. Tercero.- Declarar EXEQUIBLES las restantes expresiones del artículo 17 de la Ley 4 de…

Texto completo

C-258-13 REPÚBLICA DE COLOMBIA Sentencia C-258/13 REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES A CONGRESISTAS, MAGISTRADOS DE ALTAS CORTES Y OTROS ALTOS FUNCIONARIOS A LOS QUE RESULTA APLICABLE- Inexequibilidad de expresiones “durante el último año y por todo concepto”, “y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal” contenidas en primer inciso del artículo 17 de la ley 4 de 1992 y la expresión “por todo concepto”, contenida en su parágrafo Resultan inexequibles algunas expresiones del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, cuyo alcance evolucionó en el derecho viviente en un sentido contrario a la Carta. También se ha explicado por qué es necesario que las pensiones obtenidas con abuso del derecho o con fraude a la ley sean reliquidadas a 31 de diciembre de 2013. Igualmente, como efecto inmediato de la sentencia, a partir del 1 de julio de 2013 y sin necesidad de reliquidación, ninguna mesada pensional, con cargo a recursos de naturaleza pública, podrá superar el tope de los 25 salarios.

De igual manera, resulta claro que el régimen dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, es constitucional si se entiende que: (i) no puede extenderse el régimen pensional allí previsto, a quienes con anterioridad al 1º de abril de 1994,

lo cual incluye lo establecido en el artículo 2 del Decreto 1293 de 1994, no se encontraren afiliados al mismo, (ii) como factores de liquidación de la pensión solo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas, (iii) las reglas sobre Ingreso Base de Liquidación aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso y (iv) las mesadas correspondientes no podrán superar los veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Bajo esta óptica, la Sala Plena encontró que el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, en su sentido natural y en concordancia con su configuración viviente, resulta contrario al ordenamiento constitucional por cuanto (i) desconoce el derecho a la igualdad, en armonía con los principios constitucionales de universalidad, solidaridad y eficiencia que rigen un sistema pensional equitativo, (ii) genera una desproporción manifiesta entre algunas pensiones reconocidas al amparo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 cuando, además, (iii) existe falta absoluta de correspondencia entre el valor de la pensión y las cotizaciones, lo cual conduce a que dicha desproporción excesiva sea (iv) financiada con recursos públicos mediante un subsidio muy elevado. Esto es, además, (v) incompatible con el principio de Estado Social de Derecho, puesto que si bien los subsidios en regímenes especiales no son per se contrarios a dicho principio fundamental, sí lo son los subsidios carentes de relación con el nivel de ingresos y la dedicación al servicio público del beneficiario del elevado subsidio.

REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES A CONGRESISTAS, MAGISTRADOS DE ALTAS CORTES Y OTROS ALTOS FUNCIONARIOS A LOS QUE RESULTA APLICABLE- Efectos de la decisión en relación con mesadas pensionales causadas con anterioridad En cuanto a los efectos de la presente providencia en relación con las mesadas pensionales causadas con anterioridad a su expedición, la Corte ha considerado pertinente realizar ciertas diferenciaciones: 1.

Es posible que algunas pensiones hayan sido reconocidas con fundamento en el artículo 17 demandado sin abuso del derecho y sin fraude a la ley, y además, el beneficiario se encontraba en el régimen especial al 1 de abril de 1994, en los términos señalados en la presente providencia. En este caso, las mesadas de tales pensiones han sido ajustadas al criterio de los 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes. En aquellos eventos, disminuir aún más las mesadas procediendo a reliquidar todas las pensiones de manera retroactiva desconocería derechos adquiridos y atentaría contra el principio de confianza legítima de quienes accedieron a la pensión de buena fe, como titulares del derecho o por vía de una sustitución pensional.

Además, sería inadmisible una reducción excesivamente desproporcionada de estas pensiones porque ello sería contrario, no solo a las razones que justifican esta providencia, sino al derecho al mínimo vital y a la especial protección debida a las personas de la tercera edad, para quienes es imposible reiniciar su actividad laboral para suplir el impacto que tendría una reducción excesiva de su pensión.

Quienes de buena fe accedieron a una pensión en el régimen especial fundado en el artículo 17 demandado, tendrán un ajuste de la mesada hasta llegar a 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Una reducción adicional de las mesadas podría implicar, según el caso, una reducción manifiestamente desproporcionada de su ingreso representado mensualmente en sumas de dinero a las cuales acceden conforme a derecho, puesto que tales pensiones fueron reconocidas dentro de las condiciones especiales de un régimen especial que estaba vigente y había sido declarado exequible por la Corte Constitucional en 1999. Es cierto que varias personas accedieron a estas pensiones después de haber cotizado sobre factores salariales diferentes, determinados por las autoridades administrativas competentes, con variaciones a lo largo del tiempo, que impiden concluir que el monto actual de la pensión guarda una relación de correspondencia perfecta entre lo cotizado y el monto de la mesada. Sin embargo, esta situación obedece a decisiones adoptadas por la rama ejecutiva del poder público, mediante decretos que desarrollaron la Ley 4 de 1992 y a otras determinaciones de autoridades administrativas o judiciales. Los pensionados se sujetaron a dichas reglas, cotizaron

sobre los factores que el gobierno nacional había establecido, y prestaron sus servicios como congresistas - o un cargo que les permitió invocar a su favor el artículo 17 - durante los periodos para los cuales fueron elegidos. Estos pensionados tienen un derecho adquirido a acceder a una pensión de conformidad con las reglas del régimen especial, por lo cual es imposible a la luz de la Constitución desconocer de manera retroactiva dicho derecho materializado en la pensión que efectivamente le fue reconocida al pensionado, o sea, pretender que les sea aplicado el régimen general de prima media anterior o posterior a la Ley 100 de 1993, ni mucho menos exigir que sus cotizaciones hayan logrado acumular un capital que financie, sin subsidio alguno, su pensión como si estuvieren inscritos en otro régimen pensional que obedece a una lógica completamente distinta. Acceder a una pensión mediante un régimen especial justifica diferencias entre estas pensiones y las generales siempre y cuando tales diferencias no sean manifiestamente desproporcionadas y carentes de toda correspondencia entre lo cotizado y el monto de la pensión. Pero la prohibición de desproporción manifiesta no significa que las pensiones dentro de un régimen especial puedan ser asimiladas, en sentido contrario con el fin de reducirlas, a las pensiones obtenidas en el régimen general ni mucho menos a las que son reconocidas dentro de un régimen de capitalización completamente diferente al régimen de prima media. La garantía a los derechos adquiridos exige respetar el derecho a la pensión y la prerrogativa de acceder a esa pensión dentro de un régimen especial, incluso si esto significa que las mesadas son superiores a las generales, siempre que no superen los 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En el mismo sentido el principio de confianza legítima protege a las personas que de buena fe efectuaron sus cotizaciones, obtuvieron reconocimiento de la pensión dentro del régimen especial y han contado con la aquiescencia del Estado durante varios años.

Probablemente, en algunos casos, la aplicación de los numerales (ii) y (iii) en el ordinal tercero de la parte resolutiva de esta sentencia, reduciría dichas pensiones por debajo de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Sin embargo, dicha reducción desconocería la confianza legítima de personas que hayan actuado de buena fe, como se indica en la parte motiva de esta sentencia, y, por lo tanto, tienen el derecho a que su situación avalada por el Estado continúe, máxime si una disminución por debajo de dicho límite afecta gravemente el derecho al mínimo vital de personas de la tercera edad. También las protege el principio de favorabilidad en materia pensional.

2 . La situación de estos pensionados difiere de otros que accedieron a su pensión sin que reunieran plenamente los requisitos del régimen especial. Aquí pueden distinguirse dos situaciones: 2.1. Aquellas pensiones adquiridas de forma ilegal, con fraude a la ley o con abuso al derecho. Éstas se revisarán por los representantes legales de las instituciones de seguridad social competentes, quienes podrán revocarlas o reliquidarlas, según corresponda, a más tardar el 31 de diciembre de 2013. 2.2.

La segunda de las situaciones se presenta frente a: (i) las personas que al 1° de abril de 1994 no se encontraban inscritos, salvo el caso previsto en el artículo 2 del Decreto 1293 de 1994, en el régimen especial dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, en desconocimiento de la Sentencia C-596 de 1997, (ii) las pensiones reajustadas con el único propósito de equiparar la pensión del interesado, a la de otro congresista que se pensionó con base en un ingreso superior correspondiente a otro período legislativo diferente a aquél durante el cual prestó sus servicios el interesado en que su pensión sea reajustada e igualada. Es este último el caso de algunas pensiones reconocidas judicialmente con el mismo propósito, es decir, con el objetivo de igualar una pensión inferior reconocida a un congresista que prestó sus servicios en un periodo diferente a otro congresista que está recibiendo, debido a que su ingreso fue superior, una pensión también superior. Precisamente, en la sentencia que declaró ajustado a la Constitución la existencia de un régimen especial para congresistas, la Corte condicionó la exequibilidad del artículo 17 a que el ingreso para calcular la pensión fuera el recibido por el beneficiario, no por otro congresista ni por el promedio de lo recibido por los demás congresistas, como se advierte en el apartado de la presente sentencia en el cual se resume la sentencia C-608 de 1999. (iii) También es este

el caso de las pensiones que hubieren sido reconocidas después del 31 de julio de 2010, sin aplicar lo establecido en el Acto Legislativo 1 de 2005. Cuando este tipo de pensiones u otras claramente ajenas a las condiciones del régimen especial previsto el artículo 17 hayan sido reconocidas por vía de acto administrativo, lo procedente es aplicar el artículo 19 de la ley 797 de 2003. En cambio cuando dichas pensiones hayan sido reconocidas judicialmente el mecanismo apropiado es el artículo 20 de dicha ley. La Corte reconoce que estos mecanismos fueron diseñados para otros propósitos. No obstante sería contrario al principio de legalidad permitir reliquidaciones o revisiones de estas pensiones sin acudir a un procedimiento regulado en la ley, y, ante la ausencia de disposiciones legislativas al respecto, lo procedente es aplicar en lo pertinente el mecanismo legal existente. De esta manera, se respeta lo establecido en el último inciso del Acto Legislativo 1 de 2005, según el cual "la ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas (…) sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley (…)". De esta manera, se garantiza también el derecho al debido proceso y se evitan determinaciones precipitadas motivadas por el ánimo de corregir afanosamente los problemas actuales sin hacer las distinciones cuidadosas que exige la atención de cada caso.

Las causales constitucionales para poder efectuar la reliquidación o la revisión judicial de estas pensiones son las establecidas en el ordinal quinto de la parte resolutiva de esta sentencia. No obstante, subraya la Corte que en la aplicación de estos numerales no puede haber reducciones de las mesadas manifiestamente desproporcionadas contrarias al mínimo vital y que vulneren los derechos de las personas de la tercera edad.

En efecto, sería manifiestamente inconstitucional reducir la pensión de una persona de la tercera edad que ya no puede trabajar y por lo tanto, carece de la posibilidad de completar las semanas que le faltan para acceder a una pensión. Ello equivaldría a afectar gravemente el derecho al mínimo vital de personas en una situación de vulnerabilidad.

L a protección especial ordenada por la Constitución a las personas de la tercera edad hace imposible que las mesadas de los pensionados sean reducidas de manera excesiva, dejando a estas personas en una situación de absoluta indefensión puesto que les es imposible cumplir, en este momento de su vida, los requisitos que se derivan del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o del artículo 21 de la misma.

REGIMEN ESPECIAL DE PENSIONES DE MAGISTRADOS DE ALTAS CORTES Y CONGRESISTAS- Improcedencia de solicitud de nulidad del proceso por falta de legitimación DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD- Legitimación para interposición de nulidad/ INTERVINIENTE EN ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD - Calidad/ INTERVINIENTE EN ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD - Legitimación para solicitar nulidad Esta Corporación ha considerado que sólo está legitimado para solicitar la nulidad de sus sentencias, proferidas en sede de control de constitucionalidad, quien ha actuado como parte o como interviniente en el proceso.

Ahora bien, sobre esta última categoría, la de ciudadano interviniente, conviene indicar que, tal como lo señala su designación, el ciudadano debe ostentar la calidad de interviniente, la cual se adquiere cuando efectivamente éste radica en la Secretaría General de la Corte Constitucional, escrito de intervención con destino al proceso correspondiente, y dentro de los términos que el juez de control de constitucionalidad indique para ello. Esto es, dentro de los diez días de fijación en el lista para intervención ciudadana, regulados en el inciso segundo del artículo 7º del Decreto 2067 de 1991 .

REGIMEN ESPECIAL DE PENSIONES DE MAGISTRADOS DE ALTAS CORTES Y CONGRESISTAS CONTENIDO EN ARTICULO 17 DE LA LEY 4 DE 1992- Vigencia CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMA DEROGADA- Alcance /CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMA DEROGADA- Procedencia excepcional fijada por la Jurisprudencia constitucional/ CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMA DEROGADA- Regla de procedencia por la continuidad en la producción de efectos jurídicos De manera reiterada esta

Corporación ha señalado que el control de constitucionalidad no procede frente a normas derogadas. En este orden de ideas, antes de adelantar el juicio abstracto de constitucionalidad es preciso analizar la vigencia de la disposición atacada.

En ese sentido, es claro que normas que ya no están en el ordenamiento jurídico por decisión expresa o tácita del legislador ordinario o extraordinario no pueden ser objeto del control de constitucionalidad, por cuanto su exclusión del mundo jurídico ya se produjo y, como tal, carece de fundamento contrastar la disposición con la Constitución, toda vez que la supremacía e integridad de la normativa superior no está en juego. La regla anterior tiene una excepción que la jurisprudencia constitucional se ha encargado de elaborar, al admitir que el análisis sobre la vigencia de una disposición no debe estudiar simplemente si ella ha sido derogada, sino que también debe indagar si, pese a su exclusión del ordenamiento, la misma sigue proyectando sus efectos, evento en el cual, pese a que el precepto ya no hace parte del ordenamiento jurídico, a la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus funciones de salvaguarda de la integridad y supremacía de la Constitución, le compete realizar el análisis correspondiente, para determinar su compatibilidad con los preceptos superiores y en caso de encontrarla incompatible con el ordenamiento constitucional, impedir que sus efectos se sigan irradiando. Ha dicho esta Corporación:

“Ciertamente, la jurisprudencia reiteradamente ha sostenido que la sustitución o derogatoria de una norma no es por sí misma motivo o causa para el rechazo de la demanda o para que la Corte profiera un fallo inhibitorio; lo anterior por cuanto la norma puede encontrarse produciendo efectos jurídicos, o llegar a producirlos en el futuro, por lo cual puede ser necesario un pronunciamiento de mérito. Así pues, si la Corte ha considerado que mantiene competencia para conocer y decidir demandas de inconstitucionalidad dirigidas en contra de disposiciones que han perdido vigencia mas no eficacia, es decir que siguen produciendo efectos jurídicos a pesar de haber sido derogadas o sustituidas”.

NORMA SOBRE REGIMEN ESPECIAL DE PENSIONES DE MAGISTRADOS DE ALTAS CORTES Y CONGRESISTAS- Inexistencia de cosa juzgada constitucional En el presente caso (i) en tanto el fallo anterior no efectuó el análisis propuesto ahora por el demandante y (ii) el contexto normativo ha variado, es posible afirmar que no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. En otros términos, no se cumplen dos de los requisitos para la existencia de la cosa juzgada, porque no existe identidad en la argumentación empleada por la Corte para resolver la acusación y la que ahora se presenta en la demanda objeto de análisis.

INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVINIENTE - Jurisprudencia constitucional ESTADO SOCIAL DE DERECHO- Origen /ESTADO SOCIAL DE DERECHO - Fines esenciales ESTADO SOCIAL DE DERECHO- Jurisprudencia constitucional/ ESTADO SOCIAL DE DERECHO - Principios/ ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO - Dignidad humana, trabajo, igualdad y solidaridad como principios fundamentales PRINCIPIO DE IGUALDAD- Contenido y alcance /PRINCIPIO DE IGUALDAD - Dimensiones/ IGUALDAD FORMAL - Características/ IGUALDAD MATERIAL - Características/ IGUALDAD MATERIAL- Desarrollo mediante acciones afirmativas El artículo 13 de la Constitución reconoce el principio de igualdad en dos dimensiones: igualdad formal e igualdad material. La primera, legado del Estado liberal clásico, se caracteriza por la exigencia de igualdad de trato por las leyes y las regulaciones a partir de la premisa de que todos los individuos son libres e iguales. Por tanto, la igualdad formal demanda del Estado una actividad imparcial y proscribe cualquier diferenciación injustificada, originada por ejemplo en razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, entre otros criterios. A la luz de esta faceta de la igualdad, un tratamiento diferenciado será posible solamente cuando se observen los siguientes parámetros: “primero, que los hechos sean distintos;

segundo, que la decisión de tratarlos de manera diferente esté fundada en un fin aceptado constitucionalmente; y tercero, que la consecución de dicho fin por los medios propuestos sea posible y además adecuada”. La igualdad material, de otro lado, parte del reconocimiento de la existencia de desigualdades en la sociedad, fruto no solamente de la naturaleza, sino también de los arreglos económicos, sociales, culturales y políticos, las cuales constituyen un obstáculo para gozar, desde

una perspectiva material, de los derechos constitucionales. En este orden de ideas, el principio de igualdad desde la perspectiva material exige al Estado adoptar medidas para contrarrestar tales desigualdades y ofrecer a todas las personas oportunidades para ejercer sus libertades, desarrollar sus talentos y superar los apremios materiales.

Como se indicó en la Sentencia T-426 de 1992, esta dimensión del principio de igualdad puede desarrollarse mediante acciones afirmativas –tratos diferenciados favorables- a favor de los grupos históricamente discriminados o en situación de desventaja debido a factores culturales, sociales y/o económicos, entre otros .

ESTADO SOCIAL DE DERECHO- Finalidades/ ESTADO SOCIAL DE DERECHO- Herramientas/ INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA- Tipos / INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA- Instrumento para lograr los fines del Estado Social de Derecho La Corte ha señalado que existen distintas formas y diferentes instrumentos de intervención del Estado en la economía por medio de los cuales pueden lograrse los fines del Estado Social de Derecho;

algunas de dichas modalidades fueron expuestas de la siguiente manera en la Sentencia C-150 de 2003:“Ahora bien, la intervención del Estado en la economía puede ser de diferente tipo, sin que siempre pueda efectuarse una diferenciación clara entre las formas de intervención correspondientes. Así, por ejemplo, en la doctrina se habla de intervención estatal global, cuando versa sobre la economía como un todo, sectorial, cuando recae en una determinada área de actividad, o particular, si apunta a una cierta situación como por ejemplo a la de una empresa; de intervención estatal directa, cuando recae sobre la existencia o la actividad de los agentes económicos, o indirecta, cuando está orientada no a la actividad económica propiamente dicha sino al resultado de la misma; intervención unilateral, cuando el Estado autoriza, prohíbe o reglamenta una actividad económica, o intervención convencional, cuando el Estado pacta con los agentes económicos las políticas o programas que propenden por el interés general; intervención por vía directiva, cuando el Estado adopta medidas que orientan a los agentes económicos privados, o intervención por vía de gestión, cuando el Estado se hace cargo el (sic) mismo de actividades económicas por medio de personas jurídicas generalmente públicas. Por otra parte, de acuerdo con su función, la intervención del Estado en la economía también se puede agrupar en diferentes tipos. Algunos doctrinantes distinguen, entonces, tres clases de intervencionismo económico: conformativa, que establece los requisitos de existencia, formalización y funcionamiento de los actores económicos; finalística, que señala los objetivos generales o las metas concretas a los cuales han de propender los actores económicos; y condicionante, que propiamente fija las reglas de juego del mercado o de un sector económico. Adicionalmente, según su contenido, los actos de intervención estatal pueden someter a los actores económicos a un régimen de declaración –un nivel bajo de intervención que sólo exige que los actores económicos presenten a las autoridades determinada información–, un régimen de reglamentación, mediante el cual se fijan condiciones para la realización de una actividad, un régimen de autorización previa, que impide el inicio de la actividad económica privada sin que medie un acto de la autoridad pública que lo permita, un régimen de interdicción, que prohíbe ciertas actividades económicas juzgadas indeseables, o un régimen de monopolio, mediante el cual el Estado excluye del mercado determinadas actividades económicas, y se reserva para sí su desarrollo sea de manera directa o indirecta según lo que establezca la ley.

ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO- Sistema tributario para la realización de sus fines E l Estado Social de Derecho debe valerse de un sistema tributario para la realización de sus fines. Al respecto, en la Sentencia C-776 de 2003, la Corte recordó que si bien es cierto los tributos son principalmente una herramienta para el recaudo de recursos para financiar el gasto dirigido al cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho, también lo es que su configuración y la del sistema tributario como un todo puede servir para la redistribución del ingreso, por ejemplo, desde el punto de vista de quiénes deben contribuir y en qué monto. De ahí que la Constitución haya fijado como principios rectores del sistema tributario la equidad y la progresividad. La Corporación también resaltó que la progresividad del sistema tributario debe evaluarse no solamente desde la configuración de los tributos, sino también de forma posterior a

la realización del gasto que ellos financian, de modo que un sistema será progresivo si logra la meta de redistribución hacia los sectores más pobres y desventajados. En el caso concreto, la Corte concluyó que la ampliación de la base gravable del IVA para incluir artículos de primera necesidad es incompatible con la cláusula de Estado Social de Derecho por varias razones, entre las que se destacan, de un lado, que contribuye a empujar a los estratos bajos hacia la pobreza y a los pobres hacia la indigencia, en tanto "les hace más gravosa o, en casos extremos, les imposibilita alcanzar lo mínimo requerido para llevar una vida digna", y de otro, que no está acompañada de otra medida, particularmente de gasto, dirigida a compensar la desventaja creada.

PRESUPUESTO Y GASTO PUBLICO- Jurisprudencia constitucional/ PRESUPUESTO Y GASTO PUBLICO - Instrumento al servicio de los fines del Estado Social de Derecho/ ESTADO SOCIAL DE DERECHO- En aras de la realización de sus fines, es posible el recorte de ciertos gastos, especialmente los de funcionamiento Otros de los instrumentos al servicio de los fines del Estado Social de Derecho son el presupuesto y el gasto público, por esta razón los artículos 350 y 366 de la Carta disponen reglas como que el gasto público social debe prevalecer sobre cualquier otra asignación salvo en los casos de guerra exterior o por razones de seguridad nacional, que la distribución territorial del gasto social debe tener en cuenta el número de personas con necesidades básicas insatisfechas, entre otros criterios, y que el presupuesto de inversión no puede disminuir porcentualmente con relación al año anterior respecto del gasto total de la correspondiente ley de apropiaciones. Como ha precisado este Tribunal, el proceso presupuestario no puede ser ajeno, entre otros aspectos, a dos características centrales y estructurales de nuestro Estado : "(i) ser un estado social de derecho, que implica tomar todas las medidas adecuadas y necesarias que se requieran para propender que toda persona goce de un mínimo vital en dignidad, ajeno a la pobreza y, como se dijo, (ii) ser una democracia participativa, que reconoce a las personas el goce efectivo de sus derechos políticos.

AJUSTE SALARIAL DE SERVIDORES PUBLICOS - Jurisprudencia constitucional/ DERECHO A MANTENER EL PODER ADQUISITIVO DEL SALARIO - Jurisprudencia constitucional/ DERECHO A MANTENER EL PODER ADQUISITIVO DEL SALARIO- Criterios de limitación/ DERECHO A MANTENER EL PODER ADQUISITIVO DEL SALARIO - Limitación en mayores ingresos por finalidades sociales/ PROPORCIONALIDAD DE LA LIMITACION RESPECTO DE SERVIDORES CON SALARIOS MAS ALTOS - Finalidad de la medida en la jurisprudencia constitucional REGLAS DE RESPONSABILIDAD FISCAL DIRIGIDAS A LA PROMOCION DE LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA- Instrumento al servicio de los principios y fines del Estado Social de Derecho/ REGLAS DE RESPONSABILIDAD FISCAL- Definición/ REGLAS DE RESPONSABILIDAD FISCAL Y CRITERIO DE SOSTENIBILIDAD- Carácter instrumental respecto de los fines y principios del Estado Social de Derecho/ CRITERIO DE SOSTENIBILIDAD FISCAL- Herramienta para la realización progresiva de los derechos fundamentales, pero nunca como limitante de aquellos SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL - Función instrumental desde el punto de vista de la realización de las finalidades del Estado Social de Derecho Los sistemas de seguridad social, además de ser respuesta a la existencia de un derecho fundamental a la seguridad social, tienen también una función instrumental desde el punto de vista de la realización de las finalidades del Estado Social de Derecho. En este sentido, el artículo 48 de la Constitución señala que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Además, el Estado, con la participación de los particulares, tiene la obligación de ampliar progresivamente la cobertura del servicio. La Constitución no define con exactitud las contingencias frente a las que debe brindar protección un sistema de seguridad social; sin embargo, de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a los sistemas de seguridad social se les exige brindar prestaciones sociales –en dinero o en especie- con el fin de ofrecer protección frente a contingencias como la falta de ingresos debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; gastos excesivos de atención de salud;

y apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo. SERVICIOS SOCIALES- Instrumento para la realización de la cláusula de Estado Social de Derecho/ SERVICIOS SOCIALES - Concepto E s relevante hacer referencia a los servicios sociales como mecanismos para la realización de la cláusula de Estado Social de Derecho, particularmente para la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales en su condición de ejes axiológicos de dicha forma de organización política. De conformidad con la Sentencia C-1199 de 2008, "(…) los servicios sociales [son] actividades de carácter permanente y habitual, desarrolladas por el Estado o bajo su coordinación o supervisión, destinadas a satisfacer necesidades de carácter general de la población, en particular aquellas relacionadas con los derechos a los que la Constitución les atribuye un carácter social". La prestación de servicios sociales –de forma directa o por intermedio de los particulares- es entonces una obligación del Estado dirigida a la realización efectiva del Estado Social de Derecho, particularmente los contenidos prestacionales de los derechos económicos, sociales y culturales.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL- A lcance y contenido El artículo 48 Superior dispone que la seguridad social (i) es un servicio público de carácter obligatorio que se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, y (ii) es a su vez un derecho constitucional fundamental, a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se infiere del siguiente texto "Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social" en concordancia con varios instrumentos del bloque de constitucionalidad. Del texto constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se desprende que el derecho a la seguridad social en pensiones protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral, entre otras contingencias. La pensión de vejez es entonces uno de los mecanismos que, en virtud del derecho a la seguridad social, protege a las personas cuando en razón de su edad, se produce una esperable disminución de su capacidad laboral, lo que les dificulta o impide obtener los recursos para disfrutar de una vida digna. Para poder brindar efectivamente protección frente a las contingencias señaladas, el derecho a la seguridad social demanda el diseño de un sistema que cuente con reglas, como mínimo, sobre (i) instituciones encargadas de la prestación del servicio, (ii) procedimientos bajo los cuales el sistema debe discurrir, y (iii) provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento. En este punto cobra especial importancia la labor del Estado, el cual, por medio de asignaciones de sus recursos fiscales, tiene la obligación constitucional de brindar las condiciones necesarias para asegurar el goce del derecho irrenunciable a la seguridad social.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL- Principios / SOLIDARIDAD- Se encuentra ligada a la realización del principio de igualdad en su dimensión material dentro del sistema de seguridad social El artículo 48 de la Carta indica que el sistema debe orientarse por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. (i) Según el principio de universalidad, el Estado –como sujeto pasivo principal del derecho a la seguridad social- debe garantizar las prestaciones de la seguridad social a todas las personas, sin ninguna discriminación, y en todas las etapas de la vida. Por tanto, el principio de universalidad se encuentra ligado al mandato de ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social señalado en el inciso tercero del mismo artículo 48 constitucional, el cual a su vez se refiere tanto a la ampliación de afiliación a los subsistemas de la seguridad social –con énfasis en los grupos más vulnerables-, como a la extensión del tipo de riesgos cubiertos.

(ii) Por su parte, el principio de eficiencia requiere la mejor utilización social y económica de los recursos humanos, administrativos, técnicos y financieros disponibles, para que los beneficios a que da derecho la seguridad social, sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente. La jurisprudencia de esta Corporación ha definido la eficiencia como la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos y la maximización del bienestar de las personas. (iii) Finalmente, la solidaridad , hace referencia a la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades. Este principio tiene dos dimensiones: de un lado,

como bien lo expresa el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, hace referencia a que el Estado tiene la obligación de garantizar que los recursos de la seguridad social se dirijan con prelación hacia los grupos de población más pobres y vulnerables; de otro, exige que cada cual contribuya a la financiación del sistema de conformidad con sus capacidades económicas, de modo que quienes más tienen deben hacer un esfuerzo mayor. Esa contribución, como se explicó en la Sentencia C-111 de 2006, además de hacerse a través de las cotizaciones, se produce "mediante aportes adicionales destinados a subsidiar las subcuentas de solidaridad y subsistencia del sistema integral de seguridad social en pensiones, cuando los altos ingresos del cotizante así lo permiten." Otras formas de contribución, que no significan un aporte monetario, pueden ser las siguientes, también mencionadas en la providencia antes citada: "(i) el aumento razonable de las tasas de cotización, siempre y cuando no vulneren los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna; (ii) la exigencia proporcional de períodos mínimos de fidelidad o de carencia, bajo la condición de no hacer nugatorio el acceso a los derechos de la seguridad social y, eventualmente;

(iii) el aumento de las edades o semanas de cotización, con sujeción a los parámetros naturales de desgaste físico y psicológico, como lo reconocen los tratados internacionales del derecho al trabajo." En este orden de ideas, la solidaridad se encuentra ligada a la realización del principio de igualdad en su dimensión material dentro del sistema de seguridad social.

UNIVERSALIDAD Y SOLIDARIDAD- Principios para adoptar medidas distributivas dentro de los sistemas con miras a ampliar la cobertura a los sectores más pobres y vulnerables INFORME DE LA COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE CASO DE ASOCIACION DE EXSERVIDORES DEL INSTITUTO PERUANO DE SEGURIDAD SOCIAL- Carácter ilustrativo SISTEMA DE PENSIONES EN COLOMBIA- Naturaleza/ SISTEMA DE PENSIONES EN COLOMBIA- Desarrollo de la seguridad social/ SISTEMA GENERAL DE PENSIONES - Régimen mixto/ REGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA - Características/ REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD - Características REGIMEN DE TRANSICION EN MATERIA PENSIONAL - Contenido y alcance/ REGIMEN DE TRANSICION EN MATERIA PENSIONAL- Naturaleza jurídica/ REGIMEN DE TRANSICION EN MATERIA PENSIONAL- Desarrollo jurisprudencial REGIMEN DE TRANSICION CONTENIDO EN LEY 100 DE 1993 Y LEY 797 DE 2003- Excepciones REESTRUCTURACION DEL SISTEMA DE PENSIONES CONTENIDA EN ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005- Justificación/ SISTEMA GENERAL DE PENSIONES - Reglas/ REGIMENES ESPECIALES Y EXCEPCIONES EN PENSIONES- Vigencia SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES- Unificación de reglas y eliminación de beneficios desproporcionados SISTEMA GENERAL DE PENSIONES - Obligatoriedad de afiliación, limitación temporal del régimen de transición y posibilidad de variación de reglas aplicables a sus beneficiarios, y el establecimiento de requisitos estrictos para el retorno al régimen de prima media/ SISTEMA GENERAL DE PENSIONES- Necesidad de no permitir la continuidad de interpretaciones del régimen de transición que den lugar a ventajas pensionales desproporcionadas PROTECCION DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN LA CONSTITUCION POLITICA- Contenido y alcance/ DERECHOS ADQUIRIDOS - Origen del concepto/ DERECHOS ADQUIRIDOS - Definiciones según la doctrina ESTADO SOCIAL DE DERECHO- Reformulación de los derechos/ DERECHOS - No son absolutos DERECHOS ADQUIRIDOS - Protección de la retroactividad normativa/ DERECHOS ADQUIRIDOS - Protección de las situaciones ya formadas y no las condiciones del ejercicio del derecho/ DERECHOS FUNDAMENTALES- No son absolutos La Constitución también protege los derechos adquiridos de la retroactividad normativa, es decir, las situaciones ya formadas y no las condiciones de ejercicio del derecho, lo cual significa que quien esté disfrutando de un derecho cuyos efectos se consolidan de manera escalonada o en un tracto sucesivo -como por ejemplo la pensión, el salario, las prestaciones sociales, una deuda diferida en plazos, los cánones de arrendamiento, etc.-, tiene su derecho amparado por la Constitución, pero los efectos que aún no se han consolidado son modificables en virtud de finalidades constitucionales y con sujeción a los límites que la propia Carta impone. De allí que, según esta

tesis, las pautas para ejercer el derecho adquirido pueden cambiar, siempre y cuando la existencia del derecho permanezca indemne. Por ejemplo, en virtud de este nuevo entendimiento el monto de las próximas mesadas pensionales puede variar siempre que no se supriman, puesto que si se suprimen, ello implicaría que el derecho a la pensión ha sido revocado en desconocimiento de la protección de los derechos adquiridos. En este orden de ideas, en materia de derechos fundamentales, es ta Corporación ha afirmado sostenidamente que no tienen el carácter de absolutos y que pueden ser limitados en su ejercicio por disposiciones de carácter legal.

DERECHOS ABSOLUTOS- Inexistencia/ LEGISLADOR- Facultad para reglamentar el ejercicio de derechos por razones de interés general o para proteger otros derechos o libertades de igual o superior entidad constitucional, pero no pueden hacer desaparecer el derecho DERECHOS- Criterios jurisprudenciales que habilitan al legislador para limitarlos/ CRITERIOS DE LIMITACION DE DERECHOS - Deben enmarcarse dentro del respeto del núcleo esencial del contenido del derecho y del principio de proporcionalidad/ NUCLEO ESENCIAL DE LOS DERECHOS- Jurisprudencia constitucional /NUCLEO ESENCIAL DE LOS DERECHOS- Constituye una garantía constitucional contra su vulneración/ NUCLEO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES - Concepto NUCLEO ESENCIAL DE LAS LIBERTADES ECONOMICAS- Definición PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA LIMITACION DE UN DERECHO - Criterios jurisprudenciales/ JUICIO DE PROPORCIONALIDAD- Dimensiones Con respecto a la evaluación de la proporcionalidad de la limitación de un derecho, es importante apelar a los criterios que ha fijado esta Corporación para realizar el juicio de proporcionalidad, el cual implica el análisis de las siguientes dimensiones: (i) La finalidad de la medida restrictiva bajo examen y la idoneidad de los medios elegidos para alcanzarla. Con el objeto que una medida restrictiva de derechos fundamentales supere esta etapa de análisis, es preciso (i) que persiga una finalidad legítima a la luz de la Constitución y (ii) que los medios elegidos por el Legislador u otras autoridades cuyas actuaciones estén sometidas a control permitan, desde el punto de vista empírico, alcanzar efectivamente el fin perseguido. (ii) La necesidad de dicha limitación, para lo cual debe determinarse si la misma finalidad podía lograrse por medio de mecanismos menos restrictivos de derechos fundamentales y otros principios constitucionales. (iii) La proporcionalidad. En esta etapa se deben comparar los costos y beneficios en términos constitucionales de la medida sometida a control; ésta se ajustará a la Carta solamente cuando no implique un sacrificio mayor al beneficio que puede lograr.

DERECHOS PENSIONALES ADQUIRIDOS - Reglas aplicables en Acto Legislativo 01 de 2005/ DERECHOS PENSIONALES ADQUIRIDOS- Definición/ FRAUDE A LA LEY -Definición / FRAUDE A LA LEY Y SIMULACION -Diferencia/ ABUSO DEL DERECHO - Definición/ ABUSO DEL DERECHO- Contenido y alcance de la figura/ DEBERES DE LA PERSONA Y DEL CIUDADANO - Respeto de los derechos ajenos y no abusar de los propios/ ABUSO DEL DERECHO - Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia/ ABUSO DEL DERECHO - Jurisprudencia constitucional ABUSO DEL DERECHO - Elementos que lo configuran En términos generales, comete abuso del derecho: (i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue.

FIGURA JURIDICA DEL ABUSO DEL DERECHO- Otra cara del fraude a la ley mirada desde la acción cometida por el titular de un derecho L a figura jurídica del abuso del derecho es la otra cara del fraude a la ley, ahora mirada desde la acción cometida por el titular de un derecho. En otras palabras, mientras el fraude a la ley se construye desde la mirada del resultado objetivo contrario a las finalidades de una institución jurídica, el abuso del derecho se mira desde el punto de vista de quien es titular del derecho y puede caracterizarse como un ejercicio manifiestamente irrazonable o desproporcionado. Para que se configure el fraude a la ley y el abuso del derecho no se requiere la existencia de una

intención o culpa, basta que se produzca un resultado manifiestamente desproporcionado contrario a las finalidades previstas por el ordenamiento para una disposición o institución jurídica.

PRINCIPIOS DE BUENA FE Y CONFIANZA LEGITIMA- Contenido y alcance REGIMEN ESPECIAL DE PENSIONES DE LOS CONGRESISTAS- Desarrollo normativo REGIMEN DE TRANSICION ESTABLECIDO PARA MIEMBROS DEL CONGRESO- Contenido y alcance/ REGIMEN DE TRANSICION ESTABLECIDA PARA MIEMBROS DEL CONGRESO- Jurisprudencia constitucional REGIMEN DE TRANSICION ESTABLECIDO PARA CONGRESISTAS- Aplicabilidad de la normativa a Magistrados de Altas Cortes y a otros altos funcionarios a los que resulta aplicable APLICACION DEL REGIMEN ESPECIAL PENSIONAL DE CONGRESISTAS A LOS MAGISTRADOS DE ALTAS CORTES- Jurisprudencia constitucional/ REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES A CONGRESISTAS Y MAGISTRADOS DE ALTAS CORTES- Cambio jurisprudencial en sentencia T-353 de 2012 DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMA SOBRE REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES A CONGRESISTAS, MAGISTRADOS DE ALTAS CORTES Y OTROS ALTOS FUNCIONARIOS A LOS QUE RESULTA APLICABLE- No aborda la constitucionalidad de otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas En este caso, los demandantes solicitan a la Corte declarar que el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 es contrario al derecho a la igualdad y al Acto Legislativo 01 de 2005. La disposición acusada, prevista inicialmente para los Congresistas, es aplicable igualmente a otros servidores públicos en virtud de distintas normas; entre ellos se encuentran los Magistrados de Altas Cortes -artículo 28 del Decreto 104 de 1994- y ciertos funcionarios de la Rama Judicial, el Ministerio Público y órganos de control, como el Procurador General de la Nación –artículo 25 del Decreto 65 de 1998-, el Fiscal General de la Nación, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, y los Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado –artículo 25 del Decreto 682 del 10 de abril de 2002-. En este orden de ideas, el análisis de constitucionalidad que se llevará a cabo en esta providencia se circunscribe al régimen pensional especial previsto en el precepto censurado, el cual es aplicable a los Congresistas y los demás servidores ya señalados. Por tanto, en este fallo no se abordará la constitucionalidad de otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de las profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de los trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestos por convenciones colectivas, entre otros. En consecuencia, lo que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados.

DERECHO VIVIENTE EN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD- Alcance/ DERECHO VIVIENTE - Valor jurídico dentro del juicio de inconstitucionalidad/ JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA - Exigencias para que adquieran el carácter de derecho viviente Para que la jurisprudencia y la doctrina adquieran el carácter de derecho viviente, es necesario que se cumplan ciertas exigencias o requisitos. De acuerdo con lo señalado en la Sentencia C-557 de 2001, reiterada por la sentencia C-426 de 2002, puede considerarse que constituye derecho viviente “la interpretación jurisprudencial y doctrinal: (i) que sea consistente , aun cuando no sea idéntica y uniforme, y salvo que resulte abiertamente contradictoria, caso en el cual no puede hablarse de una regla normativa generalmente acogida; (ii) que esté plenamente consolidada o afianzada , como se mencionó, una sola opinión doctrinal o una decisión judicial de los órganos de cierre de la respectiva jurisdicción -Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado-, no alcanza a conformar un criterio dominante de interpretación; y que sea relevante o significativa , en cuanto permita señalar el verdadero espíritu de la norma o determinar sus alcances y efectos”.

REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES, REAJUSTES Y SUSTITUCIONES A CONGRESISTAS, MAGISTRADOS DE ALTAS CORTES Y OTROS ALTOS FUNCIONARIOS A LOS QUE RESULTA APLICABLE- Contenido a la luz del derecho viviente El artículo 17 de la Ley 4 de 1992, a la luz del derecho viviente, se ha configurado de conformidad con los siguientes aspectos: (i) son beneficiarios del régimen especial de Congresistas y Magistrados, en virtud del régimen de transición, no sólo aquellos que al 1 de abril de 1994, momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993, ostentaban tal calidad, sino también aquellos que adquirieron con posterioridad tal dignidad (claro está con la condición que también se encontraran en el régimen general de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993), (ii) el ingreso base de liquidación aplicable es lo devengado durante el último año por todo concepto, y no los diez últimos años como lo consagraba el régimen general dispuesto en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, (iii) a pesar que la Sentencia C-608 delimitó el alcance de los factores de liquidación, algunas autoridades judiciales continuaron tomando como referencia todos los rubros recibidos por los Congresistas, sin tener en consideración ni su carácter remunerativo del servicio, ni lo referido a lo recibido específicamente por cada beneficiario del régimen , (iv) en la actualidad las mesadas pensionales no se encuentran sometidas a un tope y (v) su incremento anual se hace de conformidad con el aumento del salario mínimo, y no como lo señala el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993.

REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES, REAJUSTES Y SUSTITUCIONES A CONGRESISTAS, MAGISTRADOS DE ALTAS CORTES Y OTROS ALTOS FUNCIONARIOS A LOS QUE RESULTA APLICABLE- Condiciones especiales/ REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES, REAJUSTES Y SUSTITUCIONES A CONGRESISTAS, MAGISTRADOS DE ALTAS CORTES Y OTROS ALTOS FUNCIONARIOS A LOS QUE RESULTA APLICABLE- Desarrollo jurisprudencial TOPE MAXIMO DE PENSIONES- Jurisprudencia constitucional /TOPE MAXIMO DE PENSIONES - Tránsito legislativo REAJUSTE DE PENSIONES A CONGRESISTAS, MAGISTRADOS DE ALTAS CORTES Y OTROS ALTOS FUNCIONARIOS A LOS QUE RESULTA APLICABLE - Aumento en un mismo porcentaje en que se reajusta el salario mínimo legal, resulta un trato diferente REGIMEN PENSIONAL ESPECIAL A CONGRESISTAS, MAGISTRADOS Y OTROS ALTOS FUNCIONARIOS- Trato diferenciado no significa que pueda contemplar ventajas desproporcionadas y contrarias a los demás principios del Estado Social de Derecho SEGURIDAD SOCIAL- Situación actual/ SEGURIDAD SOCIAL -Dificultades que enfrenta el sistema REAJUSTE DE PENSIONES A CONGRESISTAS, MAGISTRADOS DE ALTAS CORTES Y OTROS ALTOS FUNCIONARIOS A LOS QUE RESULTA APLICABLE - Implicaciones de los beneficios que otorga el precepto demandado según el derecho viviente REAJUSTE DE PENSIONES A CONGRESISTAS, MAGISTRADOS DE ALTAS CORTES Y OTROS ALTOS FUNCIONARIOS A LOS QUE RESULTA APLICABLE- Precepto censurado conduce a la entrega de cuantiosos subsidios a un sector de la población que no pueden ser catalogados como personas pertenecientes a sectores pobres, débiles o vulnerables/ REAJUSTE DE PENSIONES A CONGRESISTAS, MAGISTRADOS DE ALTAS CORTES Y OTROS ALTOS FUNCIONARIOS A LOS QUE RESULTA APLICABLE- Precepto acusado implica un sacrificio injustificado de los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL - Criterios que no se pueden desconocer Debe tenerse en cuenta que independientemente de la posibilidad de buscar nuevas fuentes de financiación, los recursos a disposición del sistema de seguridad social son limitados, de ahí que deban buscarse fórmulas de distribución que realicen los principios y obligaciones de la seguridad social, así como en términos generales los fines y principios que orientan el Estado Social de Derecho. Esto significa que el diseño de los arreglos distributivos del sistema no puede desconocer lo siguiente: (i) la prelación que debe brindarse a las personas en condiciones de mayor vulnerabilidad y debilidad, (ii) el mandato de ampliar la cobertura del sistema en términos de personas afiliadas y beneficiadas, y tipos de contingencias frente a las que se ofrece protección, y (iii) el deber de brindar progresivamente la mejor protección posible frente a las contingencias cubiertas para toda la población expuesta a los respectivos riesgos, entre otros aspectos. Por supuesto, el

legislador tiene un margen de configuración y los jueces tienen un margen de interpretación de las normas, pero cuando el resultado final se ubica a una gran distancia de estos criterios, se lesionan los principios constitucionales mencionados.

REGIMEN DE TRANSICION PENSIONAL CONTENIDA EN ARTICULO 17 DE LA LEY 4 DE 1992- Beneficiarios Dado que la regla sobre beneficiarios, específicamente la posibilidad de que personas cobijadas por el régimen de transición que no estaban afiliadas al régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 el 1º abril de 1994, se favorezcan de él, se desprende del derecho viviente y no tiene respaldo en expresión alguna del precepto acusado, en este caso la Sala considera que la fórmula por medio de la cual se debe retirar del ordenamiento tal contenido normativo, es la adopción de una sentencia interpretativa, esto es, una declaración de exequibilidad condicionada del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 en el entendido que no puede extenderse el régimen pensional allí previsto, a quienes con anterioridad al 1º de abril de 1994, no se encontraban afiliados al mismo. Como ya la Sala explicó, las personas que no estaban afiliadas al régimen especial bajo estudio el 1° de abril de 1994 –salvo la excepción prevista en el artículo 2 del Decreto 1293 de 1994, es decir, quienes ya habían sido congresistas antes del 1° de abril de 1994- no tenían una expectativa legítima que generara una confianza merecedora de protección desde el punto de vista de la buena fe, y por tanto, no hay una razón que justifique un trato diferenciado preferencial.

REGIMEN DE TRANSICION PENSIONAL CONTENIDA EN ARTICULO 17 DE LA LEY 4 DE 1992- Factores de liquidación Esta Corporación declara la inexequibilidad de las expresiones “y por todo concepto” y “por todo concepto”, contenidas en el inciso primero y en el parágrafo, respectivamente, del artículo 17 de la Ley 4 de 1992. En este caso, ante la expulsión del ordenamiento de las expresiones en comento y en vista del mandato del Acto Legislativo 01 de 2005 en el sentido de que “[p]ara la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”, la Sala considera necesario además condicionar la exequibilidad del resto del precepto censurado en el entendido que como factores de liquidación de la pensión, sólo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, que tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas al sistema de pensiones.

REGIMEN DE TRANSICION PENSIONAL CONTENIDA EN ARTICULO 17 DE LA LEY 4 DE 1992- Ingreso base de liquidación Esta Corporación declara la inexequibilidad de las expresiones “y por todo concepto” y “por todo concepto”, contenidas en el inciso primero y en el parágrafo, respectivamente, del artículo 17 de la Ley 4 de 1992. En este caso, ante la expulsión del ordenamiento de las expresiones en comento y en vista del mandato del Acto Legislativo 01 de 2005 en el sentido de que “[p]ara la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”, la Sala considera necesario además condicionar la exequibilidad del resto del precepto censurado en el entendido que como factores de liquidación de la pensión, sólo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, que tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas al sistema de pensiones.

REGIMEN DE TRANSICION PENSIONAL CONTENIDA EN ARTICULO 17 DE LA LEY 4 DE 1992- Mecanismo de ajuste anual de las mesadas S e declara inexequible la expresión “Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal”, Por tanto, en lo sucesivo, las mesadas pensionales de los beneficiarios del artículo demandado se ajustarán de conformidad con lo señalado en el sistema general de pensiones, es decir, con el IPC.

REGIMEN DE TRANSICION PENSIONAL CONTENIDA EN ARTICULO 17 DE LA LEY 4 DE 1992- Topes Respecto de la ausencia de topes, en vista de que tampoco existe una expresión en la disposición que respalde tal regla y ella es producto del derecho viviente, además de declarar en la parte motiva de este fallo que tal contenido normativo se opone a la Carta, la Sala señala en la parte resolutiva que las mesadas correspondientes a pensiones reconocidas de conformidad con régimen especial bajo estudio, no podrán superar los 25 smmlv, es decir, el tope más alto establecido en las normas vigentes, que también fue el criterio acogido por el constituyente derivado.

DERECHOS ADQUIRIDOS PROTEGIDOS EN ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005- Efectos del derecho, representados en el pago de las mesadas pensionales futuras en razón del carácter retrospectivo de las normas PENSIONES ADQUIRIDAS CON ABUSO DEL DERECHO O FRAUDE A LA LEY- Tipos / PENSIONES ADQUIRIDAS CON ABUSO DEL DERECHO O FRAUDE A LA LEY- No se configuran derechos adquiridos El artículo 58 Superior y el Acto Legislativo 1 de 2005 protegen los derechos adquiridos siempre y cuando se hayan adquirido sin fraude a la ley ni abuso del derecho. Es decir, no se configura propiamente un derecho adquirido cuando se ha accedido a éste (i) por medios ilegales, (ii) con fraude a la ley o (iii) con abuso del derecho. Lo expuesto en la parte motiva permite establecer qué tipos de pensiones corresponden a esta categoría. En primer término, claro está no constituirán derechos pensionales adquiridos aquellos que han sido causados a través de conductas como la alteración de documentos, la falsedad, entre otras. Este caso extremo puede haber ocurrido en muy pocas ocasiones, pero no por ello debe dejar de mencionarse. En segundo lugar, tal y como se explicó, en las figuras del fraude a la ley y abuso del derecho, se presenta un elemento objetivo que se traduce en el aprovechamiento de la interpretación judicial o administrativa de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles con el ordenamiento jurídico y aquél que invoca las normas de una forma claramente excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue.

En este orden de ideas, el juez y la administración tienen el deber de evitar que se interpreten los textos legales de manera que se cometa fraude a los principios del sistema. Recuerda la Corte que, para ese menester se tendrá en cuenta, de manera preponderante, la dimensión objetiva de los conceptos del abuso del derecho y fraude a la ley, de manera que no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación de la ley que, a la luz de lo establecido en esta sentencia, resulta contrario a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación.

En materia pensional con frecuencia se presentan situaciones de abuso del derecho, que se encuadran dentro de esta segunda hipótesis, que dan lugar al reconocimiento de pensiones con ventajas irrazonables frente a la verdadera historia laboral del peticionario, que generan un desequilibrio manifiesto del principio de igualdad, y fruto de un aprovechamiento de las interpretaciones que las autoridades judiciales y administrativas han hecho de las normas. Esto suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición, obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral, y por el contrario, representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva. Ello en aprovechamiento de las tesis de algunas corporaciones judiciales sobre las reglas de la transición y del Ingreso Base de Liquidación.

Cabe señalar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento, se repite, debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral. En estos eventos, los incrementos significativos de los ingresos del servidor en sus últimos años de servicios –incremento que escapa el sendero ordinario de su carrera salarial- conducen a una pensión que no guarda ninguna relación con los aportes que acumuló en su vida laboral y que, por tanto, imponen al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para poder pagar la pensión reconocida. Estos casos suelen además estar acompañados de vinculaciones precarias al cargo en virtud del cual se produce el aumento del ingreso base de liquidación, a través de figuras como las suplencias en el caso de los Congresistas, el encargo en el caso de Magistrados, y la provisionalidad, en los demás casos en que el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, es aplicable. En este punto debe recordarse que si bien es cierto la Corte ha avalado la existencia de algunos regímenes pensionales especiales, también lo es que, dado su carácter excepcional y su impacto en las finanzas públicas, sus reglas deben ser de interpretación restringida y no pueden ser extendidas por analogía a casos de servidores no cobijados por ellos. Otro ejemplo se presenta cuando un servidor durante la mayor parte de su vida laboral cotiza de

acuerdo con las reglas que definen topes de las cotizaciones. Luego, en el último año de servicios –según el régimen especial del que es beneficiario- cotiza al sistema sin tope con el fin de luego obtener una pensión sin tope, amparado por la doctrina de la integralidad de los regímenes pensionales. En todos estos casos, el pensionado no tiene un derecho adquirido, y por tanto, en aras de dar cumplimiento a la presente providencia, la Administración podrá proceder a revocar y reliquidar el derecho pensional con el objeto de hacerlo compatible con el ordenamiento jurídico y con el régimen pensional que realmente le corresponde. En efecto, en la concesión de estos derechos pensionales no se respetó la legalidad. Sin embargo, dicha reliquidación no puede ser arbitraria. Por todo lo anterior, la Administración deberá revocar o reliquidar unilateralmente el acto, con efectos hacia futuro, a través de un procedimiento que garantice a los afectados su derecho a la defensa y con la posibilidad de la interposición de los recursos pertinentes.

Además, el administrado podrá acudir a las acciones contenciosas correspondientes. De igual manera, se reitera que para proceder a esta revocatoria se requerirá: (i) el respeto pleno del debido proceso, (ii) mientras se adelanta el procedimiento administrativo no es posible suspender el pago de la pensión y (iii) corresponde a la Administración desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto de reconocimiento de la pensión. Cabe también dejar claro que los términos de caducidad de posibles acciones contenciosas contra estos actos de reconocimiento pensional, se reanudarán y empezarán nuevamente a contarse a partir de la fecha de la comunicación de esta providencia. De igual manera, si a los afectados les asiste el derecho pensional de conformidad con otro régimen especial, se les debe dar la opción de escoger la situación más favorable, a partir de la voluntad que ellos mismos manifiesten, y procederse a reliquidar nuevamente su pensión con base en este régimen al que tienen derecho. En estos casos debe también tenerse en consideración el mínimo vital del pensionado o de sus beneficiarios y asegurarse la protección de los derechos de las personas de la tercera edad.

Para realizar estas revocatorias y reliquidaciones, las autoridades administrativas tendrán un plazo máximo, hasta el 31 de diciembre de 2013, para hacerlas efectivas. Lo anterior, teniendo en cuenta la complejidad de algunas de las órdenes dadas en esta sentencia en relación con las capacidades operativas de las entidades obligadas al cumplimiento. De igual manera, las autoridades deben estudiar minuciosamente cada situación en particular para evitar incurrir en reliquidaciones que no respeten los criterios anteriormente enunciados y tomar las decisiones correspondientes debidamente justificadas.

De igual manera, resulta prohibido para las entidades administradoras de estas pensiones, suspender los pagos de las mesadas pensionales por demoras administrativas en la realización de estos reajustes.

PENSIONES RECONOCIDAS SIN ABUSO DEL DERECHO NI FRAUDE A LA LEY- Efectos /PENSIONES RECONOCIDAS SIN ABUSO DEL DERECHO NI FRAUDE A LA LEY- Categorías No desconoce la Corte que un gran número de pensiones fueron adquiridas sin abuso del derecho ni fraude a la ley, y no se encuadran dentro de las hipótesis anteriormente descritas. No obstante, resulta necesario distinguir dos situaciones. La primera referida a aquellos derechos pensionales, causados al amparo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, de aquellos beneficiarios que se encontraban efectivamente en el régimen al 1 de abril de 1994 y que fueron adquiridas cumpliendo todos los requisitos legales, atendiendo los criterios jurisprudenciales vigentes, bajo la convicción de estar actuando de buena fe y bajo los factores salariales de cotización establecidos por el Gobierno Nacional, no por voluntad del cotizante. En estos eventos, la Corte debe buscar una medida que armonice lo resuelto en esta oportunidad con el respeto constitucional a la buena fe y a la confianza legítima, así como el derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad. En la segunda, se encuentran aquellas situaciones que a pesar de no encuadrar en las hipótesis de abuso del derecho ni fraude a la ley, no puede predicarse de ellas un completo cumplimiento de las condiciones para hacerse acreedor del régimen pensional dispuesto en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992.

PENSIONES RECONOCIDAS A TRAVES DE EQUIPARACION- Categorías/ PENSIONES RECONOCIDAS A TRAVES DE EQUIPARACION -Alcance REVOCATORIA DE PENSIONES RECONOCIDAS A TRAVES DE ACTO ADMINISTRATIVO Y RECURSO DE REVISION JUDICIAL FRENTE A LAS RECONOCIDAS POR SENTENCIA- Aplicación de condicionamientos consagrados en sentencia C-835 de 2003 Los condicionamientos consagrados en la Sentencia C-835 de 2003, deben ser plenamente aplicados por las entidades responsables, para los procedimientos que se adelantarán para dar cumplimiento a la presente providencia. Cabe también dejar claro que los términos de caducidad de posibles acciones contenciosas contra estos actos de reconocimiento pensional, se reanudarán y empezarán nuevamente a contarse a partir de la fecha de la comunicación de esta providencia. No se fija plazo para efectuar estas reliquidaciones o revisiones porque no han sido reconocidas con abuso del derecho o fraude a la ley. De igual manera, resulta prohibido para las entidades administradoras de estas pensiones, suspender los pagos de las mesadas pensionales por demoras administrativas en la realización de estos reajustes. Finalmente, cabe indicar que los administradores responsables deben ser cuidadosos al aplicar estos procedimientos, en especial, al tomar la decisión de iniciarlos. El ajuste a 25 salarios hacia el futuro satisface los mandatos constitucionales. Por lo tanto, la pertinencia de una reducción adicional hacia el futuro debe ser sopesada caso por caso y justificada a la luz de la magnitud de la reducción de la mesada y del impacto que ello podría tener en personas cuyos derechos al mínimo vital no pueden ser desconocidos.

Por lo tanto, al cumplir esta sentencia disponen de un margen razonable para decidir, de manera justificada, en qué casos particulares procede iniciar estos procedimientos.

RECURSOS AHORRADOS EN VIRTUD DE LA DECISION- No constituyen ahorro fiscal /SOSTENIBILIDAD FISCAL - No puede ser invocada para menoscabar los derechos fundamentales, ni restringir su alcance o negar su protección efectiva/ SOSTENIBILIDAD FISCAL- Solo es relevante en cuanto justifica que el ahorro generado por la decisión sea destinado a ampliar la cobertura del sistema pensional en beneficio de personas de escasos recursos como lo ordena el principio de Estado Social de Derecho Tal y como se analizó al estudiar el capítulo sobre el Estado Social de Derecho, en este modelo de Estado, el principio de sostenibilidad fiscal no puede ser invocado para menoscabar los derechos fundamentales, ni restringir su alcance o negar su protección efectiva (Acto Legislativo 3 de 2011). De igual manera, el artículo 48 Superior, tal y como fue modificado por el Acto Legislativo 1 de 2005, ordena al Estado garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional en aras de asegurar su cobertura universal, la inclusión de las clases menos favorecidas y el pago efectivo de las mesadas pensionales. En este caso, se han demostrado las claras restricciones que en materia de cobertura, universalidad, eficiencia y solidaridad padece nuestro actual sistema de seguridad social en pensiones.

En este orden de ideas, una decisión exclusivamente dirigida a promover el ahorro fiscal para reducir el déficit no se compadece con las obligaciones estatales en materia de garantía efectiva del derecho a la seguridad social de todos los habitantes del país. Por ello, en el cumplimiento del presente fallo se han de adoptar las medidas conducentes a asegurar que el ahorro fiscal obtenido como resultado de los reajustes dispuestos en la parte resolutiva sean dirigidos al aumento de la cobertura del sistema general de pensiones. En este orden de ideas, la imposición de límites razonables en el monto que puede recibir una persona por concepto de la pensión, siempre que se trate de aquellas que se pagan con cargo a recursos de naturaleza pública, se encuentra encaminado a que el Estado adopte medidas para redistribuir los recursos y aumentar la cobertura del sistema pensional.

El principio de sostenibilidad fiscal sólo es relevante en cuanto justifica que el ahorro generado por esta providencia sea destinado a ampliar la cobertura del sistema pensional en beneficio de las personas de escasos recursos, como lo ordena el principio de Estado Social de Derecho.

Referencia: expediente D-9173 y D-9183 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 17 de la Ley 4 de 1992. Demandantes: Germán Calderón España y Dionisio Enrique Araujo Angulo Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB Bogotá D. C., siete (7) de mayo de dos mil trece (2013) La Sala Plena de la Corte Constitucional , conformada por los magistrados Mauricio González Cuervo -quien la preside-, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y los conjueces Luis Fernando Álvarez Londoño, Manuel José Cepeda Espinosa, Juan Carlos Henao Pérez, Rodrigo Uprimny Yepes y Alejandro Venegas Franco, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente sentencia con fundamento en los siguientes, 1.

ANTECEDENTES Los ciudadanos Germán Calderón España y Dionisio Enrique Araujo Angulo, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, presentaron demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 17 de la Ley 4 de 1992.

Mediante Auto del nueve (9) de julio de dos mil doce (2012), fueron admitidas las demandas presentadas por cumplir con los requisitos que exige el Decreto 2067 de 1991 y la jurisprudencia de esta Corporación.

El despacho consideró pertinente poner en conocimiento de la demanda a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, al Ministerio del Trabajo, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al Departamento de Planeación Nacional, al Departamento Administrativo de la Función Pública, al Presidente del Congreso de la República, a la Contraloría General de la República y a la Defensoría del Pueblo, a la Fundación FESCOL, a la Organización Iberoamericana de la Seguridad Social (Centro Regional en Colombia), al Instituto de Seguros Sociales, a Asofondos, al Sindicato Nacional de la Salud y Seguridad Social -Sindess-, a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, a la Central Unitaria de Trabajadores -CUT-, a la Confederación General de Trabajadores, a FECODE, a la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales -UGPP-, a la Fiduprevisora, a Fedesarrollo, a la Federación de Aseguradores Colombianos -Fasecolda-, a CAJANAL EICE, en liquidación, al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República -Fonprecon-, a CAPRECOM; así como al Centro de Investigaciones para el Desarrollo de la Universidad Nacional de Colombia –Facultad de Ciencias Económicas-, a la Directora de la Especialización de Derecho a la Seguridad Social de la Universidad Javeriana, al Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo -Cider- Universidad de los Andes, al Centro de Estudios Sobre Desarrollo Económico de la Universidad de los Andes, a la Universidad del Rosario –Facultades de Economía y Derecho-, a la Universidad Sergio Arboleda, a la Comisión Colombiana de Juristas y al Centro de Estudios de Derechos, Justicia y Sociedad –De Justicia.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

1.1. NORMA DEMANDADA A continuación se transcribe el texto del artículo acusado de la Ley 4 de 1992. “ARTÍCULO 17. El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores. Aquéllas y éstas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el Congresista. Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal.

PARÁGRAFO. La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decrete la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva.” 1.2.

DEMANDAS 1.2.1. Proceso D-9173 Germán Calderón España El demandante señala que la norma acusada vulnera los artículos 13 y 48 de la Constitución Política, por tanto, solicita la declaración de inexequibilidad, teniendo en cuenta lo siguiente:

1.2.1.1. Violación directa al principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución. Para el demandante, se viola el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 Superior, argumentando que éste implica la prohibición de

discriminación negativa, diferente a la discriminación positiva que opera a favor de los más débiles. Para el actor, en este caso se está realizando una discriminación positiva a favor de los Congresistas y altas dignidades del país, a pesar de haber sido proscrita por el artículo 48 de la Constitución Nacional.

Lo anterior sustentado en el hecho que las pensiones, reajustes y sustituciones de Senadores y Representantes se hace teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio, por todo concepto, que devenguen en la fecha en que se les decrete su jubilación, el reajuste o la sustitución.

Refiere que, ya el Acto Legislativo No. 1 de 2005 puso fin a esta clase de regímenes especiales de pensiones consagrando que " no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo " de lo cual se puede concluir que todos los ciudadanos y los Congresistas se encuentran en el mismo plano pensional.

Así las cosas, aceptar que este régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de Senadores y Representantes no pueda ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio, por todo concepto, y por el último año, el cual se aumenta en la misma proporción en que aumenta el salario mínimo legal y, que la liquidación de estos rubros se haga teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio devengado por todo concepto en la fecha en que se les decreta la jubilación, reajuste o sustitución, es aceptar una vulneración a la igualdad material establecida en el artículo 13 Superior.

Considera además que la norma consagra prerrogativas como el incremento pensional en igual porcentaje del salario mínimo, a diferencia de los demás pensionados a los que sus pensiones se les liquida con base en el índice de precios al consumidor.

1.2.1.2. Violación directa al principio de sostenibilidad financiera, consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política. Ahora, frente a la vulneración del artículo 48 Superior, sostiene que la aplicación del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, quebranta el principio de sostenibilidad financiera que el Estado debe garantizar en el sistema pensional. Manifiesta que la ley acusada establecía un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de éstas en un porcentaje que no podía ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año, y por todo concepto, percibía el Congresista; además, que la liquidación de dichas prestaciones económicas se realizaba teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio, incluyendo todos los rubros que devengaban los Congresistas al momento de su decreto, aspectos que para el actor contravienen el principio de sostenibilidad financiera contenido en el artículo 48 de la Constitución, consistente en que " no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo " como también que " no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública ".

En consecuencia, concluye, si no se retira del ordenamiento jurídico la norma acusada, el Estado enfrentará una escasez de los recursos públicos y, por tanto, no asegurará el disfrute del derecho a la seguridad social de todos los colombianos.

1.2.2. Proceso D-9183 Dionisio Enrique Araujo Ángulo El demandante considera que la norma acusada vulnera los artículos 13, 48 y 95 numeral 9, de la Constitución Política.

1.2.2.1. Como primera medida , argumenta que la norma " no tiene en cuenta los factores de cotización " ya que el artículo 48 de la Constitución, numeral 20, el cual fue incluido por el acto legislativo 1 de 2005, señala que para liquidar las pensiones, sólo deben tenerse en cuenta aquellos sobre los que la persona haya efectuado cotizaciones, lo cual debe complementarse, como lo señala la Corte en varias ocasiones, con el concepto de asignación salarial, el cual permite considerar elementos adicionales al salario, los cuales deben ser de carácter remunerativo por las actividades que realizan en el ejercicio de su función política.

La norma demandada “ determina un porcentaje de ese salario del congresista o excongresista como valor de la mesada pensional que recibirá por su condición de tal, sin hacer ninguna referencia a que sobre tal proporción hubiera efectuado los aportes correspondientes ”, en esto, considera el demandante, es clara la vulneración a la norma superior.

Resalta que la Constitución establece como principio fundante que la mesada pensional dependerá del esfuerzo de ahorro de cada persona durante su vida laboral por lo cual no puede ser “ una dádiva ” proveniente del presupuesto nacional. Por ello, para liquidar la pensión, sólo se tendrán en cuenta los factores cotizados para alcanzarla. Ello es desconocido por la norma acusada ya que ésta “ fija la mesada sin consideración alguna de los factores con que cada congresista o excongresista hubiera cotizado ”.

Señala que el régimen especial consagrado en la Ley 4 establece la mesada pensional sin considerar el aporte efectuado, por cuanto el ingreso base de liquidación se constituye con el promedio de lo recibido en el último año de servicio.

1.2.2.2. En segundo lugar , argumenta que el régimen especial de Congresistas no garantiza la sostenibilidad financiera del sistema pensional, para lo cual se refiere a la Sentencia T-138 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo, en donde se señala que este sistema “ presupone un tiempo suficiente de aportes, y unos requisitos de edad mínimos, de tal manera que, en promedio, sea dable pagar pensiones en forma que no se imponga una carga excesiva sobre el sistema que pondría en riesgo los derechos pensionales de la gran mayoría de quienes a él contribuyen ”.

Por el contrario, la norma demandada no cumple ninguno de los anteriores presupuestos y sólo se fundamenta en consideraciones que están por fuera del régimen autorizado por la Constitución.

La dedicación exclusiva de los Congresistas, su alta responsabilidad social, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y su representación política, hoy no son factores constitucionalmente válidos para conformar un régimen pensional ya que ninguno de ellos se encuentra señalado en el artículo 48 Superior.

1.2.2.3. Para el demandante, en tercer lugar , no es posible que hoy los Congresistas cuenten con un régimen especial pues según el artículo 48 de la Constitución Política éstos perdieron vigencia a partir del 31 de julio de 2010, fuera del previsto para los miembros de la fuerza pública y los cobijados por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Señala que, aunque la Corte Constitucional no es competente para pronunciarse sobre un régimen que no está vigente, si es necesario que la Corporación se pronuncie sobre la eficacia de esta derogatoria frente a la petición de aquellos que argumentan haber adquirido derechos por extensión del régimen de transición.

1.2.2.4. Finaliza el demandante sus argumentos aduciendo que el establecimiento de un régimen especial a favor de los Congresistas vulnera el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución por cuanto, a pesar de estar claro que al liquidar una pensión, ésta debe reflejar el periodo de tiempo que se ahorró a través de las cotizaciones para ella y el valor de dichas cotizaciones, este régimen no tiene en cuenta estos principios pues “les garantiza una mesada, de las más altas asignaciones del sistema, sin importar el valor de sus aportes durante su vida laboral, y así beneficiarlos con pensiones millonarias sin consideración alguna a “los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”, tratamiento que no se le da a ninguna otra persona.” 1.3.

INTERVENCIONES 1.3.1. Colegio de Abogados del Trabajo El Colegio de Abogados del Trabajo, intervino en el proceso y solicitó declarar la INEXEQUIBILIDAD de la disposición acusada, con base en los siguientes argumentos:

1.3.1.1. La norma acusada, al establecer un régimen especial para Congresistas en cuanto al tema pensional, contraría el artículo 48 de la Constitución Política. A esta conclusión llega haciendo un análisis de comparación entre las dos disposiciones, de donde extrae siete aspectos en los cuales el precepto demandado no supera el juicio de constitucionalidad:

(i) La norma acusada contraviene la sostenibilidad del sistema pensional ya que el beneficiario “ no logra, matemáticamente, acumular el capital que se requiere generar respecto de la provisión contable requerida para el pago de la prestación que se le otorga ”.

(ii) A pesar de que el artículo fue expedido antes del Acto Legislativo que reformó el artículo 48 superior, “ su contenido deviene en inconstitucional, ante el evidente contraste que genera, respecto a la sostenibilidad financiera ”.

(iii) La Constitución establece requisitos y beneficios pensionales que deben ser aplicables a todas las personas, y la norma demandada crea un régimen “ especialísimo para sus beneficiarios ”.

(iv) Al liquidar las pensiones solo es posible tener en cuenta los factores sobre los cuales se hicieron las cotizaciones y los beneficiarios de la prestación no pudieron haber efectuado cotizaciones “ sobre todos los conceptos que percibían, por cuanto las normas establecen las cotizaciones sobre algunos factores y no sobre todos ”.

(v) El acto legislativo que reformó la norma constitucional, sólo admite los regímenes especiales de la fuerza pública y el Presidente de la República, de tal manera que las pensiones de Congresistas deben someterse al sistema pensional de prima media que administre el fondo de pensiones al cual pertenezca cada uno.

(vi) La disposición demandada no establece un límite en el monto de la pensión, la norma constitucional establece que no se pueden causar pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

(vii) El precepto constitucional, al establecer que no se puede señalar condiciones pensionales distintas a las establecidas en el Sistema General de Pensiones, abarca las normas que contraríen dicho mandato, así éstas hayan sido creadas anteriormente, sin perjuicio de los derechos adquiridos.

1.3.1.2. Además del anterior análisis, el interviniente se refiere al tema histórico y estadístico para recordar que desde que se creó el sistema pensional en Colombia, el valor de las mesadas pensionales no guardaba relación con los aportes que realizaban los afiliados. Es por ello que el país se vio abocado a “un descalabro financiero”, para lo cual trascribe un informe contenido en la obra de Juana Téllez, Grupo BBVA Colombia, Confianza en el Futuro, Norma, 2009, el cual hace un recorrido por la trayectoria de las pensiones en Colombia y muestra los errores cometidos en el pago de aportes y la concesión de pensiones lo cual se vio reflejado, de manera significativa, en las finanzas del país.

Describe, de igual manera, un panorama histórico normativo de creación de pensiones, en donde se puede evidenciar que la cuantía de la pensión no se establecía teniendo en cuenta lo efectivamente aportado por el afiliado, sino generando concesiones especiales, como la que ahora se estudia en la norma demandada.

1.3.1.3. En cuanto a la violación del principio de igualdad afirma que al establecer una condición “especialísima” a los Congresistas, al permitir que se liquide su pensión teniendo en cuenta lo percibido en el último año de servicios, por todo concepto, con una tasa no inferior al 75%, además, que se le reajuste sobre el incremento del salario mínimo, que históricamente ha sido superior al IPC, genera una clara diferencia frente a los demás afiliados aportantes al sistema general de pensiones en tanto que el régimen de prima media se refiere atendiendo el promedio de las cotizaciones hechas durante los últimos diez años, con una tasa de reemplazo que inicia desde el 65% y el reajuste de acuerdo al IPC, cuando la prestación supera el salario mínimo legal.

Esta diferencia no tiene ningún sustento, para lo cual refiere algunas razones: (i) El Congresista ha logrado obtener, debido a su alta dignidad, algunos beneficios como la remuneración mensual que supera por mucho el ingreso promedio del colombiano.

(ii) El Sistema de Seguridad Social en pensiones no permite regímenes especiales, salvo los legalmente constituidas, pues generan perjuicios enormes para las finanzas del país.

(iii) Teniendo en cuenta el ingreso mensual del parlamentario y los aportes que hace a la seguridad social, “ fácilmente estas dignidades pueden alcanzar una pensión liquidada sobre el monto máximo permitido por la Constitución, es decir, 25 salarios mínimos legales mensuales con lo cual se puede llevar una vida digna, teniendo en cuenta que al momento de concedérsele la pensión, el congresista ya ha solventado sus necesidades de vivienda, educación, transporte, entre otros .” 1.3.2.

Federación Colombiana de Educadores – FECODE En la oportunidad procesal prevista, la Federación Colombiana de Educadores – FECODE, interviene en el proceso de la referencia para solicitar que la Corte Constitucional se declare INHIBIDA para dictar sentencia de fondo, para lo cual presenta algunas consideraciones.

1.3.2.1. Expresa el interviniente que las demandas carecen de un hilo argumentativo lógico. Sobre la estructura de los cargos aduce que “ las dos demandas fundamentan sus argumentos en este acto que reforma la Constitución, en una se señalan como normas vulneradas los artículos 13 y 48 de la Constitución y en la otra se afirma que se violan los artículos 13, 48 y 95 numeral 9 superiores, pero al analizar los cargos se basan en el quebrantamiento del acto legislativo 01 con el agravante de que en una de las demandas se afirma que de conformidad con el artículo 48 constitucional sólo existen dos regímenes especiales y exceptuados de pensión que son el del Presidente de la República y el de la fuerza pública, desconociendo que además de éstos también existen como exceptuados el del magisterio y el del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional. Para ratificar lo anterior se refiere al Inciso 7 del Acto legislativo en donde se encuentran los regímenes especiales de la fuerza pública, el Presidente de la República y los establecidos en los parágrafos del mismo artículo, es decir, el régimen especial de docentes, parágrafo transitorio 1, miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, parágrafo transitorio 5.” 1.3.2.2.

El interviniente hace una interpretación semántica del alcance de las disposiciones del Acto Legislativo para concluir que, de una parte, se establece una “regla general especial”, inexistencia de regímenes especiales y de otra “una regla de excepción” por la que se conservan los regímenes aplicables a la fuerza pública, el Presidente y los que figuran en los parágrafos transitorios, siendo estos el magisterio y los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional.

Agrega el interviniente que el Acto Legislativo 01 de 2005 estableció un régimen para garantizar “ las expectativas legítimas de quienes por pertenecer a otros regímenes pensionales especiales y/o exceptuados que no se preservan se acercan al cumplimento de las exigencias legales para consolidar su derecho pensional ”.

1.3.2.3. El interviniente finaliza su concepto aduciendo que el régimen especial de Congresistas, no fue de los exceptuados en el inciso 7, parágrafos transitorios del Acto Legislativo 01 de 2005. Por tanto, se entiende que “ ha sido eliminado en su totalidad a partir del 31 de julio de 2010, lo que significa que a partir de esta fecha ha perdido su vigencia y su obligatoriedad ”, y por ello, la Corporación no es competente para pronunciarse sobre el mismo.

1.3.3. Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones intervino en el proceso para defender la existencia de cosa juzgada constitucional y por tanto, ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-608 de 1999.

1.3.3.1. Afirma el interviniente que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que el fenómeno de la cosa juzgada se produce bajo dos requisitos:

(i) que se solicite el estudio del mismo contenido normativo de la misma proposición normativa ya estudiada en una sentencia anterior y (ii) que se proponga dicho estudio por las mismas razones.

En este orden de ideas, aduce que en el caso puesto a consideración de la Sala, los cargos propuestos por el accionante que atacan el artículo 17 de la Ley 4° de 1992, son los mismos que los analizados en la Sentencia C-608 de 1999, estos

son el desconocimiento del artículo 13 y 48.

De igual manera debe tenerse presente que en dicha oportunidad, la Corporación no limitó los efectos de la cosa juzgada constitucional, así que, se entiende que el examen hecho por la Corte fue de manera sistemática, es decir, confrontando la norma demandada con todo el texto constitucional. Es decir, al presentarse el fenómeno de la cosa juzgada constitucional absoluta no hay posibilidad de formular los mismos cargos contra esta disposición.

1.3.3.2. Aduce también que no se encuentran nuevos argumentos de inconstitucionalidad, diferentes a los presentados en el año 1999, los cuales condujeron a declarar la constitucionalidad de la norma.

Considera que la presente acción guarda total homogeneidad a la planteada en la Sentencia C-608 de 1999, pues el accionante argumenta una vulneración del principio de igualdad por permitir la existencia de regímenes especiales. En la referida providencia, el Tribunal determinó que no se presentaba tal discriminación por cuanto la consagración de un régimen especial a favor de los Congresistas se encuentra justificada, en razón de las funciones que la Constitución le impone.

1.3.3.3. De igual forma, se encontró que la norma objetada guarda armonía con el principio de sostenibilidad financiera en cuanto a que el monto de la pensión debe ser conforme a los rubros percibidos efectivamente por el parlamentario en contraprestación de su labor y deben constituir el ingreso base para liquidar su pensión.

Concluye diciendo que el cargo de sostenibilidad financiera expuesto por los accionantes “ lejos de constituirse en un juicio que le permita a la Honorable Corporación emitir un pronunciamiento de fondo sobre la presunta lesión constitucional, se instituye en meras premisas que no corresponden a argumentos claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes impidiendo materializar un nuevo concepto de la violación de la norma acusada, de conformidad con el Decreto 2067 de 1991 y con la jurisprudencia constitucional ”.

1.3.4. Departamento Administrativo de la Función Pública El Departamento Administrativo de la Función Pública intervino en el proceso para defender la constitucionalidad de la norma demandada y solicitar a la Corte Constitucional ordenar ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-608 de 1999, o en su defecto declarar la EXEQUIBILIDAD de la norma demandada, para lo cual expone las siguientes razones:

1.3.4.1. En primer término, señala que el régimen pensional especial de los Congresistas sí tiene un fundamento constitucional claro en los artículos 150-19, literal e), y 187, por lo que no es posible declarar inexequible la norma demandada por el hecho de que otra norma constitucional restrinja la creación legal de otros regímenes especiales y más cuando la misma acepta y reconoce la existencia y continuidad de algunos de ellos, amparando también, derechos adquiridos de sus beneficiarios.

Resalta que es necesario tener en cuenta que fue voluntad del Constituyente que el Gobierno, a través de una ley marco de prestaciones y salarios, determinara el régimen pensional de los Congresistas, atendiendo a situaciones y circunstancias especiales de su cargo y dignidad.

1.3.4.2. Respecto de la expresión “asignación” contenida en el artículo 187 Superior, se remite a la Sentencia C-608 de 1999 para verificar que el Congreso está plenamente “ autorizado por el propio Constituyente para fijar las bases generales de su asignación pensional, lo cual no puede desconocerse en el Acto Legislativo 01 de 2005, norma que tiene el mismo nivel jerárquico que los preceptos que son el fundamento del régimen pensional especial de los Congresistas .” Por otro lado, afirma que la jurisprudencia de la Corte defiende que “ es legítimo que el Legislador defina el régimen pensional de los servidores públicos y de los trabajadores particulares pues esta Corporación Pública es titular de la cláusula general de competencia y, por ello, goza de la potestad genérica de desarrollar la Constitución y expedir las reglas de derecho ”. Lo anterior le permite colegir que el Congreso no excedió sus atribuciones y competencias cuando

fijó el marco normativo para que el Gobierno Nacional estableciera las bases generales para el régimen pensional de sus miembros.

1.3.4.3. En cuanto a la existencia de una cosa juzgada constitucional, el interviniente considera que en la Sentencia C-608 de 1999 se estudiaron los mismos argumentos ahora presentados por los actores. Allí la Corporación declaró la constitucionalidad del régimen pensional de Congresistas en razón a que " las regulaciones contenidas en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 no resultan jurídica ni materialmente desproporcionadas", lo cual permite concluir que dicho precepto es exequible frente a todo el texto constitucional.

Teniendo en cuenta los argumentos anteriores, el Departamento Administrativo de la Función Pública solicita a la Corte Constitucional ordenar ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-608 de 1999, o en su defecto declarar la EXEQUIBILIDAD de la norma demandada por resultar jurídica y materialmente improcedentes los cargos formulados en las demandas.

1.3.5. Fondo de Previsión Social del Congreso de la República - FONPRECON El Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, en el término procesal oportuno, emite concepto sobre la constitucionalidad de la norma demandada, solicitando a la Corte que declare la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA , en los siguientes términos:

1.3.5.1. En primer lugar afirma que no se presenta el fenómeno jurídico de la cosa juzgada constitucional a pesar de que la Corte ya se pronunció sobre la constitucionalidad de la norma demandada en la Sentencia C-608 de 1999, por cuanto en dicha oportunidad la confrontación se hizo sin que se hubiese adoptado la reforma constitucional del 2005.

En este orden de ideas, no se efectúo el análisis de constitucionalidad frente al artículo ya reformado por el Acto Legislativo 01 de 2005, de tal modo que la violación de esta disposición al derecho a la igualdad se ceñía exclusivamente a la creación de un régimen especial en favor de un grupo, pero con la reforma constitucional se debe considerar que a pesar de existir la prohibición de regímenes especiales, hay una norma vigente que ordena su creación.

Refiere la Sentencia C-1187 de 2005 en la que la Corte se inhibió de pronunciarse de fondo, entre otras normas, del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, ya que en el momento en que se presentó la demanda a la sentencia que daba fin al proceso, se promulgó la reforma del artículo 48 de la Constitución. De dicho pronunciamiento de la Corte concluye que " en virtud de la reforma introducida por el acto legislativo 01 de 2005 el artículo 48 de la Constitución, las reglas constitucionales frente a las cuales se debe examinar la disposición han variado lo cual habilita un pronunciamiento de fondo por parte de la Corte ".

1.3.5.2. Agotado el punto de la cosa juzgada, el actor explica que a pesar de que la norma se encuentra derogada aún continúa produciendo efectos jurídicos, razón por la cual la Corte puede pronunciarse de fondo. El interviniente considera que se presenta derogatoria tácita de la norma acusada por inconstitucionalidad sobreviniente:

"Advirtiendo de antemano que la ocurrencia de este fenómeno en el presente caso no conduce a un pronunciamiento inhibitorio, resulta procedente aclarar que la disposición acusada debe entenderse derogada tácitamente por inconstitucionalidad sobreviniente y que desde la incorporación de los Congresistas al Régimen General de Pensiones con la expedición del Decreto 1293 de 1994 produce efectos solo por vía de excepción".

El inciso 7 del artículo 48 de la Constitución prohíbe la existencia de regímenes especiales en pensión, salvo lo consignado en los parágrafos siguientes, así nos encontramos frente a una norma que sigue teniendo efectos considerando que es posible aplicarla a través del régimen de transición creado en el parágrafo transitorio 4.

Agrega que " no obstante lo anterior, conforme a la jurisprudencia Constitucional, aun cuando pueda predicarse la tolerancia del fenómeno de la derogatoria tácita por inexequibilidad sobreviniente, cuando la norma jurídica continua

produciendo efectos jurídicos la Corte Constitucional debe emitir un pronunciamiento de fondo ” para sustentar la anterior afirmación cita las Sentencias C-155 de 1999 y C-558 de 1996.

1.3.5.3. Afirma el interviniente que la Corte Constitucional ha mantenido una línea en la que los preceptos pensionales “ continúan produciendo efectos jurídicos lo que hace procedente el Control de Constitucionalidad ”, para lo cual cita dos ejemplos de sentencias en donde la Corte se pronuncia sobre la inexequibilidad de normas pese a estar derogadas, Sentencia C-012 de 1994, que estudió la constitucionalidad del artículo 7 de la Ley 71 de 1988 y la Sentencia C-840 de 2005, en la cual se analizó la constitucionalidad del artículo 1 de la Ley 33 de 1985.

Teniendo en cuenta lo anterior, sostiene que no se concibe el argumento que la norma no está produciendo efectos “ de manera general impersonal y abstracta ”, porque no se puede determinar cuántos y cuáles parlamentarios cumplen o no los requisitos del régimen de transición.

Finaliza este argumento diciendo “ Es que no puede pasarse por alto, que con la expedición del Decreto 1293 de 1994 los Senadores y Representantes a la Cámara fueron incorporados al Sistema General de Pensiones SALVO QUE FUESEN BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN, y esto no impidió que la Corte se pronunciara sobre el Régimen Especial cuyos parámetros se fijaron en la Sentencia C-608 de 1999 ” .

1.3.5.4. Por otra parte, considera que en esta oportunidad la Corte está frente a la posibilidad de pronunciarse sobre un tema tan trascendental y relevante jurídicamente, como es determinar de forma expresa cómo se adecua a la Constitución el régimen pensional de Congresistas.

1.3.5.5. Concluye el interviniente diciendo que aunque la Corte ya se pronunció sobre la exequibilidad de la norma demandada en este caso, por medio de la Sentencia C-608 de 1999, al haberse presentado la reforma constitucional del 2005, coexistir diversas interpretaciones de la norma acusada y reunirse los presupuestos para un pronunciamiento de fondo, es necesario que la Corte profiera un fallo, declarando la exequibilidad condicionada por lo siguiente:

“Debe entenderse que las expresiones “por todo concepto”, no pueden entenderse en el sentido de que cualquier ingreso del Congresista sea considerado dentro de la base sobre la cual se calcula el monto de la pensión.

• Debe interpretarse que el “ingreso mensual promedio” a tomarse en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación de la pensión del congresista, y que se menciona “tanto en el texto del artículo 17 que establece el mínimo de la pensión, como en su parágrafo”, está relacionado directamente con lo recibido por el congresista aspirante a la pensión durante su último año de trabajo, y no puede determinarse a partir de “la totalidad de los rubros que, de manera general y abstracta, han cobijado a todos los miembros del Congreso”.

1.3.6. Ministerio del Trabajo El Ministerio del Trabajo conceptuó sobre la demanda solicitando que se declare la EXEQUIBILIDAD de la norma. El interviniente se opone a los cargos de los demandantes en los siguientes términos:

1.3.6.1. Aduce que la Ley 100 de 1993, en su artículo 289, derogó todas las disposiciones que le sean contrarias, “ así que la norma demandada está derogada tácitamente puesto que la Ley 100 estableció los criterios generales para liquidar las pensiones a la luz del nuevo régimen pensional.

” No obstante lo anterior, se hizo un tránsito normativo para respetar derechos adquiridos y expectativas ciertas de quienes estaban próximos a obtener su pensión, por tanto se creó el régimen de transición del artículo 36 de la misma, así que, al aplicar este artículo se le conceden efectos ultractivos a las normas que regulan las pensiones hasta ese momento, teniendo en cuenta que sólo se mantienen vigentes los criterios de edad, tiempo y monto de la prestación.

1.3.6.2. La ultractividad de una norma ha sido motivo de varios pronunciamientos de la Corte, al presentarse una norma tácita o expresamente derogada, pero que en virtud de un régimen de transición sigue produciendo efectos, así, refiere como ejemplo el análisis del artículo 1 de la Ley 33 de 1985, en la Sentencia C-540 de 2008:

“11.- Con todo, si bien es cierto en el caso bajo examen ha operado el fenómeno de la derogatoria tácita, no lo es menos que el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 rige de manera ultractiva y aún produce efectos jurídicos en nuestro ordenamiento. Esto obedece a que, en consideración a la existencia de una multiplicidad de regímenes pensionales anteriores a la reforma introducida por la Ley 100 de 1993, y con el propósito de proteger la expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión en las condiciones particulares de cada régimen, la misma Ley, en su artículo 36, previó un régimen de transición, según el cual “[l]a edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley”.

Aunado a lo anterior se concluye que, así como los Congresistas fueron incorporados al Sistema General de Pensiones en virtud del Decreto 1293 de 1994, reafirmando el criterio de derogatoria tácita, su régimen especial aún vive conforme al régimen de transición propuesto en la Ley 100 de 1993, de igual modo la norma hoy demandada está vigente, en cuanto contempla beneficios propios del mismo régimen y sigue produciendo efectos en el presente y futuro en concordancia de la norma transicional que soporta la principal.

1.3.6.3. Respecto del alcance de los efectos jurídicos del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 sostiene que en expresiones como “por todo concepto” se debe restringir a los ingresos que tengan carácter remuneratorio de la actividad propia de Senador o Representante, concordante con el artículo 187 de la Constitución Política, y es en este punto donde la Corte debe entrar a pronunciarse para que las entidades y organismos relacionados con la Seguridad Social en Pensiones, tengan claridad sobre el tema y se puedan “ materializar los preceptos que el constituyente delegado quiso incorporar con la Reforma del Acto Legislativo 01 de 2005, referentes a la igualdad material frente al sistema y la sostenibilidad financiera del mismo”.

1.3.6.4. En relación a la sostenibilidad financiera considera que es cierto que el inciso 7 del artículo 48 Superior consagra que toda la normativa expedida posterior al Acto Legislativo 01 de 2005, debe asegurar la sostenibilidad financiera, pero de igual forma es cierto que, de acuerdo con el mismo inciso, el Estado debe garantizar y respetar los derechos adquiridos para lo cual crea periodos de transición a favor de quienes pueden verse afectados con la modificación del ordenamiento jurídico, sin desconocer los criterios que se tuvieron en cuenta para hacer dicha modificación o permitiendo la perpetuidad de los beneficios otorgados transitoriamente.

1.3.6.5. Finalmente, frente a la violación de derechos constitucionales y demás normas enunciados por los actores, afirma que no resultan de recibo pues sus argumentos no son viables en la medida que el legislador “ ampara derechos constitucionales y legales para los pensionados que les asiste el régimen de transición, y no existen fundamentos razonables referentes a la violación de los mismos, no es conducente con relación a la norma acusada”.

Solicita el interviniente que la Corporación se pronuncie de fondo sobre los efectos jurídicos que pueda estar produciendo la norma demandada en lo concerniente al régimen de transición.

1.3.7. Central Unitaria de Trabajadores de Colombia – CUT El Presidente de la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia- CUT, manifiesta que coadyuva la acción de inconstitucionalidad presentada y solicita que se declare la INEXEQUIBILIDAD de la norma demandada por considerarla abiertamente violatoria del derecho a la igualdad consagrado como derecho fundamental en la Constitución Política.

1.3.7.1. Comienza su intervención definiendo la igualdad en materia legal y constitucional y hace referencia a los diferentes conjuntos de sujetos como gremios, asociaciones, colectividades, sindicatos, grupos, comunidades,

cooperativas, etc. También hace alusión a la igualdad entendida en otros campos en donde menciona grupos como de orden religioso, social, laboral, familiar. Señala que dentro del marco del Estado Social de Derecho resulta admisible hacer diferenciaciones siempre y cuando se presenten situaciones determinantes que lo justifiquen, especialmente, cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional, lo cual se considera desigualdad positiva.

Por el contrario, la discriminación resulta inconstitucional cuando no existen situaciones de debilidad, tal y como se presenta cuando se establece un régimen de pensiones privilegiado a favor de los Congresistas.

1.3.7.2. Agrega que al liquidar la pensión de un Congresista se encuentran rubros a los que " la mayoría de trabajadores colombianos no tienen acceso, lo cual, frente a la gran cantidad de personas que devengan un salario mínimo, los cuales sí estarían en el grupo que ostentan debilidad manifiesta en las relaciones laborales".

Recalca que no es concebible que, basados en un precepto legal, se cree mayor desigualdad concediendo que para liquidar la pensión de un Congresista " se acoja un desproporcionado número de factores prestacionales", a los cuales un trabajador común no tiene derecho, y en cambio, éstos últimos se conviertan en "víctimas de la transitoriedad de las normas, las cuales ya solo se aplican para los más antiguos, discriminando negativamente a quienes ingresen o retiren con vigencias de nuevas normas (sic)".

1.3.7.3. Asegura que en Colombia " no existen políticas encaminadas a proteger el trabajador en su seguridad social, y más bien, los organismos del estado que reconocen pensiones "son manejados negligentemente creando interpretaciones negativas respecto a la aplicación de normas o condición más beneficiosa al trabajador, que hacen que los requisitos de edad, tiempo de servicio o el ingreso base de liquidación sean siempre negativos a los intereses de los trabajadores".(sic) Aclara que a pesar de no compartir apartes del artículo 48 Superior, reformado por el Acto Legislativo 01 de 2005, este último le ha quitado toda la fuerza legal al artículo hoy demandado, pues la reforma define cuáles son los regímenes exceptuados, en donde no se encuentran los Congresistas.

Agrega que al conceder pensiones "con valores astronómicos, algunos llegando a los treinta millones de pesos, a pocos funcionarios, se atenta de manera directa contra el concepto de sostenibilidad financiera".

Advierte que de considerarse que la norma acusada produce efectos, lo hace de manera particular, personal y concreta, respecto de quienes poseen derechos adquiridos antes del Acto Legislativo.

Finaliza precisando, como ejemplo, que en Fonprecon "se paga una de las pensiones más altas del país, de $29.316.086 pesos, y la recibe mensualmente un colombiano que ni siquiera fue congresista, sino Secretario de Comisión".

Teniendo en cuenta lo anterior solicita la declaratoria de inexequibilidad de la norma demandada. 1.3.8. Instituto de Seguro Social El Instituto de Seguro Social, emite concepto sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, solicitando a la Corte que emita un fallo INHIBITORIO , en los siguientes términos:

1.3.8.1. El interviniente considera que no existe vulneración del derecho a la igualdad en razón a que antes de la reforma constitucional del año 2005, resultaba admisible la existencia de regímenes especiales que concedían beneficios diversos a los del sistema general de pensiones.

Señala que la jurisprudencia ya de varios años de la Corte Constitucional ha defendido la existencia de regímenes especiales y concluyó que no viola el principio de igualdad por cuanto existen situaciones fácticas distintas que merecen tratos diferenciados, por tanto el legislador puede "razonablemente regularlas de manera diferente ". Así las cosas el régimen general y el especial no se pueden comparar porque responden a situaciones y supuestos fácticos diversos.

1.3.8.2. En cuanto a la supuesta trasgresión del artículo 48 de la Constitución Política, el segundo parágrafo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, es claro al afirmar que a partir de la vigencia de la norma no se podrán consagrar regímenes exceptuados o especiales y los que se encuentran vigentes expirarían el 31 de julio del año 2010, así se

consagró una derogatoria tácita del régimen especial de Congresistas, por lo tanto no tiene sentido declarar la inexequibilidad de una norma derogada.

De todas maneras, señala que respecto de la protección de derechos adquiridos, es posible que sí pueda producir efectos para los que son beneficiarios de dicho régimen y cumplieron los requisitos antes del 31 de julio de 2010, o los que siendo servidores públicos se encuentran dentro del tránsito legislativo consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

De otra parte, se tiene que en cuanto a la aplicación del régimen especial de Congresistas en virtud de la transición, es necesario que éste último se aplique de la manera correcta para que sea efectiva la derogatoria del primero, ya que no pueden ser beneficiarios de la Ley 4 de 1992, quienes a la entrada en vigencia del sistema general "dicho Régimen no fuera el aplicable anterior " .

Para ampliar el anterior concepto, el interviniente cita apartes de algunas sentencias de la Corporación como la T-534 de 2001, T-019 de 1999, T-795 de 2011, T-353 de 2012.

Concluye afirmando que, "los congresistas vinculados a partir del 1° de abril de 1994, no tienen derecho a acceder al régimen consagrado en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, toda vez que este no sería el anterior aplicable, por el contrario los beneficiados deberán cumplir con el requisito de tener al 31 de julio de 2010, al menos 750 semanas cotizadas, para que la transición se les mantenga hasta el año 2014".

1.3.9. PRUEBAS TÉCNICAS SOLICITADAS POR EL MAGISTRADO SUSTANCIADOR Mediante Auto del 13 de septiembre de 2012, el Despacho del Magistrado Sustanciador, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, solicitó el apoyo técnico de las siguientes instituciones con el fin que informaran al Despacho, en términos generales, lo siguiente "(i) si conoce o ha realizado algún estudio sobre el impacto macroeconómico del régimen especial de Congresistas, (ii) si conoce el número de personas pensionadas que reciben una pensión superior a los 25 salarios mínimos, (iii) si ha realizado algún estudio sobre el impacto a mediano y largo plazo del régimen especial de Congresistas en la estabilidad financiera del sistema de pensiones, (iv) señale el valor del pasivo pensional del régimen de prima media y de los regímenes especiales, específicamente el de los beneficiarios del régimen especial de Congresistas y (v) señale qué medidas ha tomado para disminuir el déficit pensional y cuáles tiene proyectadas adoptar en el futuro.

": Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al Departamento de Planeación Nacional, al Ministerio del Trabajo, al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, al Seguro Social, a CAJANAL EICE, en liquidación, a COLPENSIONES, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a la Contraloría General de la República, a la Procuraduría General de la Nación, al Banco de la República, a la Defensoría del Pueblo, a FEDESARROLLO, a ASOFONDOS, a la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales- UGPP- , a la Organización Iberoamericana de la Seguridad Social (Centro Regional en Colombia), al Centro de Investigaciones para el Desarrollo de la Universidad Nacional de Colombia –Facultad de Ciencias Económicas-, a la Directora de la Especialización de Derecho a la Seguridad Social de la Universidad Javeriana, al Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo -Cider- Universidad de los Andes, al Centro de Estudios Sobre Desarrollo Económico de la Universidad de los Andes, a la Universidad del Rosario –Facultades de Economía y Derecho- y a la Universidad Sergio Arboleda.

Se allegaron los siguientes estudios: 1.3.9.1. El 26 de septiembre de 2012, mediante oficio del 24 del mismo mes y año se remitió por parte de la Secretaria General de FEDESARROLLO las siguientes publicaciones.

· Coyuntura Económica Vol. XXXIII No. 1 Marzo-Septiembre 2003 – Autor FEDESARROLLO - Editorial FEDESARROLLO. · Coyuntura Social No. 27 Diciembre 2002 - Autor FEDESARROLLO - Editorial FEDESARROLLO.

· Sostenibilidad de Mediano Plazo del Sistema de Salud y Pensiones – Autor Sergio Clavijo Editorial FEDESARROLLO. · Tendencia Económica 106 Febrero de 2011 - Autor FEDESARROLLO – Editorial Reflexiones sobre el Sistema Pensional.

· Tendencia Económica 31 Octubre 2004 - Autor FEDESARROLLO – Editorial La Reforma Pensional. · Tendencia Económica 85 Octubre 2009 - Autor FEDESARROLLO – Editorial Resultados Industria Manufacturera.

· Sostenibilidad del Seguro Previsional en Colombia - Autor FEDESARROLLO -Editorial FEDESARROLLO (Informe). · ¿Por qué se requieren reformas al mercado laboral y sistema pensional? –Autor Economía Colombiana No.

328 de 2009 – Editorial (Informe Especial). 1.3.9.2. El 28 de septiembre de 2012, recibió esta Corporación oficio suscrito por la Directora de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social OISS, mediante el cual se enviaron las siguientes publicaciones:

· Derechos Humanos y Políticas Públicas para el Adulto Mayor – Autor Oscar José Dueñas Ruiz y otros – Editorial Universidad del Rosario. · La Situación de los adultos mayores en la Comunidad Iberoamericana (Perspectiva general) – Autor OISS – Editorial OISS.

· La Situación de los adultos mayores en la Comunidad Iberoamericana – Autor OISS – Editorial OISS. 1.3.9.3. El 1 de octubre de 2012, la Procuraduría Delegada para los Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social remitió lo siguiente:

· Publicación “Pensiones: El costo de las Demandas” · Circular 054 del 3 de noviembre de 2010 sobre la “Aplicación Integral del Régimen de Transición – Inescindibilidad de la norma”.

1.3.9.4. El 12 de septiembre de la anualidad, mediante oficio, la Directora de la OISS informó que la entidad no ha realizado estudios puntuales sobre la situación del sistema pensional en Colombia, así como sus bondades, riesgos, problemas y las proyecciones de su sostenibilidad a futuro, sin embargo, indicó que la OISS ha adelantado los siguientes estudios:

· “La situación de los adultos mayores en la Comunidad Iberoamericana”. · “Los derechos humanos y políticas públicas en Colombia y referencias Iberoamericanas (España, Ecuador, Cuba, Costa Rica, Uruguay)”.

1.3.9.5. El Secretario de la Junta Directiva del Banco de la República, a través de oficio recibido en esta Corporación, el 2 de septiembre de 2012, remitió las siguientes publicaciones:

· Reporte Estabilidad Financiera Marzo 2008 – Autor Banco de la República – Editorial Banco de la República. · Reporte Estabilidad Financiera Marzo 2009 – Autor Banco de la República – Editorial Banco de la República.

· Reporte Estabilidad Financiera Marzo 2010 – Autor Banco de la República – Editorial Banco de la República. · Pensiones y portafolios: la construcción de una Política Pública – Autor Juan Mario Laserna Jaramillo – Universidad Externado de Colombia.

1.3.9.6. El 11 de octubre de 2012, se recibió oficio por parte del Defensor del Pueblo, remitiendo las siguientes publicaciones: · Doctrina Defensorial en Seguridad Social No. 2 (Dos Tomos) – Autor Defensoría del Pueblo – Editorial Defensoría del Pueblo.

· La Tutela y el Derecho a la Salud 2010 – Autor Defensoría del Pueblo – Editorial Defensoría del Pueblo. · La Tutela y el Derecho a la Salud 2011 - Autor Defensoría del Pueblo – Editorial Defensoría del Pueblo.

· Tres Lustros de la Jurisprudencia Constitucional 1992-2006 (Tomo 1 y 2) - Autor Defensoría del Pueblo (1 CD) (1º informe) – Editorial Observatorio de Justicia Constitucional.

· Tres Lustros de la Jurisprudencia Constitucional 2007-2011 (Tomo 1 y 2) - Autor Defensoría del Pueblo (1 CD) (2º informe) – Editorial Observatorio de Justicia Constitucional.

1.3.9.7. Por parte de la Subdirectora del Centro de Investigaciones para el Desarrollo –CDI- de la Universidad Nacional de Colombia, fue remitida la publicación “Pensiones el costo de las demandas” – Autor Procuraduría Delegada para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social - Editorial IEMP Ediciones.

1.3.9.8. Informes escritos allegados a la Corporación 1.3.9.8.1. Universidad Javeriana El 20 de septiembre de 2012, se recibió oficio por parte de la Universidad Javeriana en el cual indica que a la fecha no existen estudios sobre los temas enunciados en el numeral octavo del auto de fecha 13 de septiembre de 2012, proferido dentro de los expedientes D-9173 y D-9183, en vista que desbordan el campo y objeto de estudio estructurado hoy en día en el plan de estudio y programas propios de su especialización.

1.3.9.8.2. Universidad de los Andes El 19 de septiembre fue allegado a ésta Corporación por parte de la Decana de la Facultad de Economía de la Universidad de los Andes oficio en el cual informa que ni la Facultad de Economía ni el Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico –CEDE- de la Universidad, han realizado estudio alguno sobre “ La situación del sistema pensional en Colombia, así como sus bondades, riesgos, problemas y las proyecciones de su sostenibilidad a futuro” .

1.3.9.8.3. Colpensiones El Presidente de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, atendió el requerimiento mediante oficio recibido en ésta Corporación el 25 de septiembre de 2012, en el cual, señala que debido a la etapa pre-operativa en la que se encuentra la Entidad para asumir la administración del Régimen de Prima Media, no es posible suministrar información sobre lo indicado en los numerales 4.1., 4.2. y 4.3. del Auto del 13 de septiembre de 2012, proferido dentro del presente proceso, debido a que no se cuenta con la totalidad de las bases de datos de las entidades que actualmente administran el Régimen de Prima Media, no obstante, se pronuncia frente a los demás ítems así:

En relación con los factores que se tienen en cuenta para la liquidación de las personas beneficiadas con el régimen especial de Congresistas, normas y jurisprudencia aplicable adujo que si bien los Congresistas se encuentran regulados por la Ley 100 de 1993, dichos funcionarios cuentan con disposiciones especiales (Ley 4ª de 1992 y los Decretos 1359 de 1993, 1293 de 1994 y 816 de 2002), que regulan el Régimen de Transición que les es aplicable.

Señala que los Congresistas cuentan con normativa especial, como lo es el Decreto 1293 de 1994, el cual en su artículo 6º establece como porcentaje de cotización al SGSS de Pensiones de los Congresistas un 25.5% del ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen, por su parte el Decreto 314 de 1994, dispone en su artículo 3º la viabilidad de superar los límites de base de cotización y el monto de las pensiones cuando se trate de servidores públicos que en virtud de las leyes preexistentes tienen derecho a pensiones superiores a 25 SMLMV, lo que permite que los Congresistas puedan superar el límite de la base de cotización obligatoria establecida en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 5º de la Ley 797 de 2003.

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta lo establecido en el parágrafo 1º del A.L. 01 de 2005, norma que no presenta excepción alguna, las pensiones de los Congresistas tienen la necesidad de ser ajustadas a los máximos permitidos en las disposiciones que cobijan el SGSS.

En este orden de ideas, la interpretación del A.L. 01 de 2005 implica para el presente caso: i) la terminación del régimen de transición al 31 de julio de 2010, salvo para quien siendo beneficiario de éste, tuviese adicionalmente más de 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo, caso en el que la aplicación de este régimen se extiende hasta el año 2014 y ii) a partir de las fechas anteriores, el monto máximo de reconocimiento pensional es de veinticinco (25) SMLMV.

1.3.9.8.4. Fondo de Previsión Social del Congreso de la República El Director General de FONPRECON, mediante oficio recibido el 28 de septiembre de 2012, procede a atender el requerimiento bajo los siguientes términos:

· NÚMERO DE BENEFICIARIOS DE PENSIONES DE CUANTÍA SUPERIOR A 25 SALARIOS MÍNIMOS QUE SE ENCUENTRAN A CARGO DEL FONDO: Con corte a 30 de agosto de 2012, FONPRECON, tiene a su cargo el pago de 626 pensiones superiores a 25 SMLMV, cuyo costo mensual asciende a DOCE MIL QUINIENTOS DIECIOCHO MILLONES SETECIENTOS SESENTA MIL NOVECIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS ($12.518.760.965).

· PROMEDIO DEL VALOR DE LAS PENSIONES DEVENGADAS ACTUALMENTE POR LOS EX CONGRESISTAS A CARGO DE FONPRECON: Con corte a 30 de agosto de 2012, dicho promedio asciende a la suma de DIECINUEVE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL VEINTIÚN PESOS ($19.998.021), equivalente a 35.29 SMLMV.

En relación con el estimativo del número de beneficiarios del régimen especial de Congresistas cuyas pensiones aún no han sido reconocidas, indica FONPRECON, éste no puede ser determinado con exactitud, ya que, " si bien el artículo 2º del Decreto 1293 de 1994 estableció el Régimen de Transición de los Senadores y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta en primer lugar, lo establecido por el A.L. 01 de 2005 frente a la vigencias de éste Régimen -31 de julio de 2010-, exceptuando los trabajadores que estando en dicho Régimen, además tengan cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente A.L., a los cuales se les mantendrá dicho Régimen hasta el 2014, y en segundo lugar, lo establecido en el artículo 7 del Decreto 1359 de 1993, frente a la acumulación de tiempo de servicios en diferentes entidades de derecho público y de cotizaciones realizadas a través del ISS, además del tiempo laborado para el Congreso de la República. No es posible para FONPRECON determinar cuáles afiliados contaban con 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100, y cuales lo cumplían para la fecha de promulgación del A.L. 01 de 2005." No obstante lo anterior, el Fondo de Previsión Social del Congreso tomando como referencia el número total de sus afiliados en calidad de Senadores o Representantes a la Cámara, señala que a 30 de julio de 2012, " cuenta con setecientos cincuenta y ocho (758) afiliados cotizantes, de los cuales cien (100) tienen la calidad de Congresistas y de estos, treinta y ocho (38) afiliados compuesto por once (11) son mujeres y veintisiete (27) hombres cumplen con el requisito de treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres a la entrada en vigencia del sistema General de Pensiones, resultando eventualmente beneficiaros del Régimen de Transición." Reitera este Fondo, que la anterior cifra no es absoluta, en primer lugar, al desconocer cuáles de los Congresistas afiliados cumplen con el requisito de 15 años de servicios para ser beneficiarios del régimen de transición, y en segundo lugar, ya que el número de afiliados puede aumentar con la incorporación de nuevos Congresistas que reúnan los requisitos legales y se trasladen de otros fondos.

Finalmente, indica que actualmente 10 solicitudes pensionales formuladas por Congresistas se encuentran pendientes de ser resueltas. En cuanto a los factores que se tienen en cuenta para la liquidación de las pensiones de los Congresistas, " al tenor del Decretos 1359 de 1993 y Decreto 816 de 2002, la asignación básica, gastos de representación, prima de localización y vivienda, prima de salud y prima de servicios. De igual manera aplica la Ley 4 de 1992 artículo 17, el Decreto 1359 de 1993 artículos 5º y 6º y el Decreto 816 de 2002 articulo 11 ." En cuanto a la jurisprudencia, el Fondo se ha acogido a las consideraciones de la Corte Constitucional en Sentencia C- 608 de 1999, en la cual se fijó el alcance sobre la forma de liquidación de las pensiones de los Congresistas. Así mismo, frente al monto mínimo de las pensiones de los Congresistas beneficiarios del régimen de transición, se está a lo resuelto en Sentencia T-296 de 2009. La anterior línea reiterada en Sentencia T-781 de 2005. Agrega que efectúa las liquidaciones de las pensiones de los Congresistas siguiendo los parámetros de la jurisprudencia constitucional, aun existiendo postura contraria por parte del Consejo de

Estado, en razón a lo establecido en la Sentencia C-654 de 2011, frente al carácter preferente de las decisiones de la Corte Constitucional.

En relación con la aplicación del Acto Legislativo, consideró que el referido Acto " derogó tácitamente el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, no obstante, la norma continúa produciendo efectos jurídicos en virtud de la excepción creada por el parágrafo 4º transitorio del mismo A.L. dicha afirmación la apoya en las sentencias C-012 de 1994 y C-840 de 2005." Agrega esta entidad que, " en vista que el articulo antes descrito se encuentra produciendo efectos jurídicos, es notable que el principio de sostenibilidad financiera no fue sometido a la excepción del parágrafo 4º transitorio del referido A.L., de modo que la interpretación literal de la disposición resulta contraria a la Carta Política, toda vez que la liquidación de pensiones- se realiza - con base en salarios no devengados realmente por los aspirantes a pensionarse y sobre los cuales obviamente no se realizaron cotizaciones para financiar la pensión, motivo por el cual, se cuenta con serias dificultades para la aplicación de este principio, pues mientras actualmente treinta y ocho (38) afiliados cotizan con la expectativa de adquirir una mesada pensional superior a 25 SMLMV, la Entidad tiene a su cargo el pago de seiscientas veintiséis (626) mesadas cuyo promedio es de 35 SMLMV." Aunado a lo anterior, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, propugna por la autofinanciación del pasivo pensional por parte de la Administradora de Pensiones, esto es, el pago de las mesadas con recursos propios, al respecto cabe destacar que el pasivo pensional de FONPRECON asciende a 2,6 billones de pesos aproximadamente.

1.3.9.8.5. Cajanal El Liquidador de CAJANAL EICE en liquidación, mediante oficio recibido en esta Corporación el 16 de octubre de 2012, atiende el requerimiento manifestando lo siguiente:

· "NÚMERO DE BENEFICIARIOS DE PENSIONES DE CUANTÍA SUPERIOR A 25 SMLMV. Sostiene que consultada la nómina de pensionados de CAJANAL EICE en liquidación, con corte al 25 de septiembre de 2012, existen doscientos ochenta y cinco (285) pensionados que perciben mesadas superiores a este monto.

· PROMEDIO DEL VALOR DE LAS PENSIONES DEVENGADAS ACTUALMENTE POR AQUELLAS PERSONAS QUE POR EXPRESA DISPOSICIÓN NORMATIVA SE LES EXTIENDE EL RÉGIMEN ESPECIAL DE CONGRESISTAS:

Al respecto, precisa la Entidad que los beneficiarios de Regímenes Especiales aplicables por transición, gozan de prestaciones por encima del tope máximo legal en virtud de órdenes judiciales, principalmente de tutela, mediante las cuales se les exime del límite, ya que por ser pensiones bajo Regímenes Especiales por efecto de transición no están sujetas a la regla de cuantía del SGSS.

· ESTIMATIVO DEL NÚMERO DE BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE CONGRESISTAS CUYAS PENSIONES AUN NO HAN SIDO RECONOCIDAS Y QUE SE ENCUENTRAN A CARGO DE ESTA ENTIDAD:

Señala CAJANAL, que en vista que la Entidad se encuentra en liquidación, en cumplimiento de lo reglado en el artículo 4º del Decreto 2196 de 2009, el 30 de junio de 2009 todos los afiliados activos de la misma, fueron trasladados al ISS, sin embargo, según el Decreto 4269 de 2011 CAJANAL tiene a su cargo las solicitudes de reconocimiento de derechos pensionales y prestacionales económicas radicadas con anterioridad al 8 de noviembre de 2011, por aquellos afiliados que hubieren cumplido la edad y tiempo de servicios para obtener la pensión de jubilación o de vejez antes del 30 de junio de 2009.

En este orden de ideas, indica CAJANAL que dentro del inventario de represamiento no existe solicitud de reconocimiento de pensión pendiente por atender, elevada por un peticionario cobijado por el Régimen Especial de los Congresistas, no obstante, advierte que actualmente la Entidad adelanta una última revisión de expedientes pensionales involucrados en el represamiento, por lo que es posible que en la finalización de tal actividad se identifique alguna

solicitud de esta naturaleza.” Indica los grupos poblacionales que disfrutan del pago de las mesadas por encima del límite de los 25 SMLMV incluidas actualmente en la nómina de pensionados, así:

RÉGIMEN NÚMERO DE PENSIONADOS VALOR PROMEDIO DE LA MESADA PENSIONAL Magistrados Altas Cortes 196 $ 18.640.667,40 Expresidentes 11 $ 22.446.224,39 Beneficiarios de regímenes especiales aplicables por transición 78 $ 16.431.845,54 TOTAL 285 $ 19.172.912,44 Precisa CAJANAL que los pensionados bajo éste Régimen Especial, corresponden al grupo compuesto por Magistrados de Altas Cortes y cargos asimilables a éstos dentro del Ministerio Público y la Fiscalía General de la Nación, motivo por el cual se encuentran cobijados por las normas que expide el Gobierno Nacional de forma anual para efecto de fijar el régimen salarial de la Rama Judicial y que contienen la regla de extensión referida, norma que se resume así:

I) STATUS PENSIONAL: Aquellas personas que consoliden su estatus pensional entre el año 1994 y el 30 de abril de 2002, tienen una pensión equivalente al 75% de todo lo que devengara un Congresista en el último año de servicios, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados por un Congresista.

FACTORES DE LIQUIDACIÓN: Asignación básica, gastos de representación, prima local y de vivienda, prima de navidad, prima de salud y prima de servicios.

NORMAS APLICABLES: Decreto 104 de 1994, Decreto 47 de 1995, Decreto 34 de 1996, Decreto 47 de 1997, Decreto 65 de 1998, Decreto 43 de 1999, Decreto 2739 de 2000, Decreto 1474 y 2724 de 2001 y Decreto 682 de 2003.

II) STATUS PENSIONAL: Aquellas personas que consoliden su status pensional a partir del 1º de mayo de 2002, tienen derecho a una pensión equivalente al 75% de todo lo que devengara un Congresista a excepción de la prima de navidad, en virtud de lo establecido en el artículo 11 del Decreto 816 de 2002.

FACTORES DE LIQUIDACIÓN: Asignación básica, gastos de representación, prima local y de vivienda, prima de salud y prima de servicios. NORMAS APLICABLES:

Decreto 816 de 2002, Decreto 3568 de 2003, Decreto 4171 de 2004, Decreto 935 de 2005, Decreto 388 de 2006 y Decreto 617 de 2007. 1.3.9.8.6. Seguro Social en Liquidación El Director Jurídico Nacional de la Entidad, a través de oficio allegado a esta Corporación el 23 de octubre del año en curso, comunicó que ante el proceso de liquidación ordenado por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 2013 de 2012, cuya vigencia inició el 28 de septiembre del presente año, carece de competencia para responder en su totalidad los requerimientos, como quiera que la Gerencia Nacional de Historia Laboral-Nómina de Pensionados fue suprimida, siendo remitida la información a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, no obstante, resuelve los siguientes requerimientos:

· “NÚMERO DE BENEFICIARIOS DE PENSIONES DE CUANTÍA SUPERIOR A 25 SMLMV:” La entidad remite relación de los afiliados cuyas prestaciones superan los 25 SMLMV, ante lo cual se establece un total de 99 beneficiarios.

En cuanto a la interpretación del Acto Legislativo, señala que no es posible la aplicación del régimen especial consagrado en la Ley 4ª de 1992, de conformidad con lo establecido en el inciso 2º del artículo 1º de aquella reforma constitucional y en los parágrafos de la misma. En este orden de ideas, el Acto consagró una derogatoria tácita al régimen especial de los Congresistas, sin embargo, cabe referir que ante la protección de los derechos adquiridos, es posible que como régimen especial pueda producir efectos para los que siendo beneficiarios del mismo, cumplieron los requisitos antes del 31 de julio de 2010; o para los servidores que se encuentren dentro del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

De igual manera, considera que es importante precisar que no pueden ser beneficiarios de la Ley 4ª de 1992, en virtud del régimen de transición, quienes a la entrada en vigencia del SGSS, dicho régimen no fuera el aplicable anterior. Al

respecto, la entidad resalta lo establecido por la Corte Constitucional en Sentencia T-353 de 2012 de la Sala Séptima de Revisión en relación a la indebida aplicación del régimen de transición.

Concluye la intervención, señalando que la Ley 4ª de 1992 fue derogada tácitamente con la reforma Constitucional llevada a cabo mediante el A.L. 01 de 2005, por lo que a criterio del Seguro Social, urge establecer un lineamiento definitivo sobre la correcta interpretación de aquella norma conforme al Régimen de Transición.

1.3.9.8.7. Contraloría General de la República El 24 de octubre de 2012, se recibió en esta Corporación oficio remitido por el Contralor Delegado para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, por el cual atiende el requerimiento e informa que se encontraron los siguientes registros:

· "Proceso de Responsabilidad Fiscal por presuntas irregularidades en el otorgamiento de pensiones a algunos Congresistas, el cual se encuentra culminado e inactivo.

· Proceso de Responsabilidad Fiscal por presuntas irregularidades en el trámite del reconocimiento de retroactividad y reajustes de pensiones, el cual se encuentra terminado e inactivo.

· Indagación Preliminar por presuntas irregularidades encontradas en el otorgamiento de la pensión de un ex congresista, se encuentra terminada e inactiva.

· Indagación Preliminar con ocasión de revisión efectuada a 33 expedientes de pensiones, de los cuales 18 tenían Resolución de Reliquidación Pensional, evidenciándose giros por valores mayores, se encuentra terminada e inactiva.

· Indagación Preliminar, en vista que FONPRECON no acató oportunamente providencia judicial, la presente se encuentra en estudio para decidir de fondo – apertura del proceso de Responsabilidad Fiscal o Archivo-." 1.3.9.8.8.

UGPP En primer lugar, indica que la entidad no ha realizado estudios sobre la situación del Sistema Pensional en Colombia, no obstante, considera pertinente señalar que frente al tema se ha mantenido una postura acorde con los objetivos trazados por el artículo 48 de la Constitución Política, la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios, teniendo en cuenta que no es posible privilegiar de manera desproporcionada a grupos de personas cuando esto tiene un impacto directo sobre los demás agentes del Sistema Pensional.

Al respecto, considera pertinente anotar que la Corte Constitucional en Sentencia C-895 de 2009 se pronunció respecto a la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional en Colombia.

Por otra parte, sostiene que tanto la Ley 4ª de 1992 en su artículo 17, como el Decreto 1359 de 1993 en sus artículos 5º, 6º y 7º y lo establecido en los artículo 1º y 2º del Decreto 1293 de 1994, contravienen lo implantado por el A.L. 01 de 2005, que garantiza la estabilidad financiera del Sistema General de Pensiones. Lo anterior, debido a que establecen condiciones más beneficiosas en la forma de liquidación de pensiones de Congresistas, sin que se establecieran fuentes de financiación que garantizaran la sostenibilidad de tales beneficios, y sin que exista razón alguna que justifique el establecimiento de los mismos, lo cual a criterio de esta Entidad, vulnera el derecho a la igualdad.

Teniendo en cuenta los argumentos anteriores, para la UGPP es claro que de conformidad con el A.L. 01 de 2005, a partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a 25 SMLMV, estando incluidos en esta regla los Congresistas beneficiarios del régimen de transición, por lo que a partir de la fecha mencionada, no podrán obtener el reconocimiento de una pensión superior a este límite, so pena de desconocer lo preceptuado en dicha materia por la Constitución Política.

No obstante, la Entidad precisa que si bien el referido A.L. mediante el parágrafo 4º extiende el régimen de transición hasta el 2014, esto no conlleva que, para los beneficiarios de dicho régimen, se mantenga la posibilidad de que el monto

de las pensiones puede exceder el límite de 25 SMLMV, ya que esto haría nugatoria la prohibición que de manera expresa estableció dicho Acto Legislativo.

1.4. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO El Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, solicitó a la Corte Constitucional declararse INHIBIDA de pronunciarse de fondo sobre la exequibilidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 por sustracción de materia y porque lo correspondiente al régimen de transición ha sido regulado por la propia Carta, en el parágrafo transitorio 4° del artículo 1° del Acto Legislativo 1 de 2005, y debe decidirse por el juez competente en cada caso, en atención a las particulares características de cada situación jurídica individual. Para sustentar su afirmación considera:

1.4.1. El Señor Procurador advierte que respecto de la exequibilidad de la norma acusada en esta oportunidad, el Ministerio Público ya se pronunció en el Concepto 5181, dentro del trámite del Expediente D-8497, y por considerar que no hay nuevas circunstancias objetivas reitera todo lo dicho así:

“Es menester advertir, como lo reconoce el propio actor, que el Acto Legislativo 01 de 2005, introduce profundas modificaciones en el artículo 48 Superior, que es uno de los referentes de juzgamientos en este caso. En el artículo reformado, se precisa de manera inequívoca que la ‘seguridad social será equitativa y financieramente sostenible’ y que, en materia de pensiones, a ‘partir de la vigencia del presente acto legislativo, solamente la fuerza pública y el Presidente tendrán un régimen especial’.

La norma demandada, que establece un régimen especial en materia de pensiones para los congresistas, es contraria a lo dispuesto en el artículo 48 Superior, después de la reforma introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005. Ante esta circunstancia, es forzoso reconocer que se configura el fenómeno jurídico de la inconstitucionalidad sobreviviente, a partir de la vigencia del acto legislativo en comento. Desde esa fecha y hacia el futuro, la norma demandada no produce, ni puede producir, ningún efecto.

(…) No sobra advertir, que si la norma acusada todavía produce algún efecto, no lo hace de manera general, impersonal y abstracta, sino de manera particular, personal y concreta, respecto de la situación jurídica individual de aquellos congresistas que a la fecha de promulgación del Acto legislativo 01 de 2005, es decir, al 25 de julio de 2005, ya habían cotizado por lo menos setecientas cincuenta (750) semanas. Estas situaciones jurídicas individuales no son, ni pueden ser objeto del control abstracto de constitucionalidad, sino que deben ser definidas por los jueces competentes en cada caso”.

1.4.2. Señala, además de lo anterior, que “ la transición se predica de regímenes de prima media con prestación definida, y su especialidad y excepcionalidad tiene unos parámetros objetivos, respecto de tiempo y de edad, que es menester verificar en cada caso concreto ”, lo cual está consagrado en el parágrafo transitorio 4, artículo 1 del Acto legislativo 01 de 2005.

Por lo anterior, el Procurador General solicita la Corte Constitucional se declare INHIBIDA para decidir de fondo. 2. AUDIENCIA PÚBLICA Mediante Auto del 13 de diciembre de 2012, el Magistrado sustanciador del proceso correspondiente a los expedientes D-9173 y D-9183, fijó fecha para la celebración de audiencia pública el día veinticuatro (24) de enero del año dos mil trece (2013), a las ocho de la mañana (8:00 a.m.), en las instalaciones del Palacio de Justicia, Sala de Audiencias, Corte Suprema de Justicia, para la cual la Sala Plena decidió invitar a las siguientes personas, además de los demandantes, asociaciones y entidades:

Asociaciones de pensionados · Al Presidente de la Asociación Nacional de Parlamentarios Pensionados ANPPE, o a quien éste delegue. · Al Presidente de Asomagister, Asociación de Ex Magistrados, o a quien éste delegue.

· Al Presidente de la Confederación de Pensionados de Colombia, o a quien éste delegue. Sector sindical y obrero · Al Presidente de SINTRAISS, o a quien éste delegue.

· Al Presidente de la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia – CUT, o a quien éste delegue. Sistema de Pensiones · Al doctor Pedro Nel Ospina, Presidente de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.

· Al doctor Francisco Álvaro Ramírez Rivera, Director General del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República – FONPRECON. Poder Legislativo · Al doctor Roy Barreras Montealegre, Presidente del Congreso de la República.

Poder ejecutivo · Al doctor Mauricio Cárdenas Santamaría, Ministro de Hacienda y Crédito Público. · Al doctor Rafael Pardo Rueda, Ministro del Trabajo.

Entidades de control · Al doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, Procurador General de la Nación. · A la doctora Sandra Morelli Rico, Contralora General de la República.

· Al doctor Jorge Armando Otálora Gómez, Defensor del Pueblo A los anteriores invitados se decidió, por el mismo auto, hacer las siguientes preguntas concretas, en las cuales debía basarse su intervención:

a) ¿ Cuáles son los problemas estructurales del Sistema General de Pensiones, sus causas y sus posibles soluciones? b) ¿Cuál es la cobertura del sistema general de pensiones? c) ¿Qué medidas se han implementado para aumentar la cobertura y cuáles se tiene proyectado implementar? d) ¿Cuál ha sido el impacto macroeconómico de la Reforma Constitucional 1 de 2005? e) ¿Conoce o ha realizado algún estudio sobre el impacto macroeconómico del régimen especial de Congresistas? f) ¿Cuál el número de personas pensionadas que reciben una pensión superior a los 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes? g) ¿Cuál es la proyección del número de personas que podrían, en el futuro, ser beneficiarias de pensiones superiores a 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes? h) ¿Ha realizado algún estudio sobre el impacto a mediano y largo plazo del régimen especial de Congresistas en la estabilidad financiera del sistema de pensiones? i) ¿Cuál es el valor del pasivo pensional del régimen de prima media y de los regímenes especiales, específicamente el de los beneficiarios del régimen especial de Congresistas? j) ¿Explique si el régimen de prima media tiene un componente distributivo y redistributivo y en qué consiste? k) ¿Qué medidas ha tomado para disminuir el déficit pensional y cuáles tiene proyectadas adoptar en el futuro? l) ¿Cuál es el promedio del valor de las pensiones de los beneficiarios de prima media y de los regímenes especiales, discriminando por ingresos bajos, medios y altos? m) ¿Cuál es el promedio del valor de las pensiones devengadas actualmente por aquellos beneficiarios del régimen especial de Congresistas, dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992? n) ¿Cuál ha sido la aplicación de la Reforma Constitucional 1 de 2005, frente a las pensiones causadas con anterioridad a su vigencia? o) ¿Cuál ha sido la interpretación frente al tope en el valor de la pensión que dispuso el Acto Legislativo 1 de 2005, en relación con las pensiones causadas con anterioridad al 31 de julio de 2010? En anexo No. 1, se adjunta cuadro con el resumen de las intervenciones de cada invitado, respecto de los puntos principales de discusión.

3. CONSIDERACIONES 3.1. COMPETENCIA Conforme al artículo 241 ordinal 4º de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 " Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política" , ya que se trata de una demanda de inconstitucionalidad en contra de textos normativos que hacen parte de una ley.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO Corresponde a la Sala determinar si se desconoce, dentro del marco de un Estado Social de Derecho, la cláusula de igualdad y los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política – tal y como fue reformada por el Acto Legislativo 1 de 2005-, el establecimiento de un régimen pensional especial a favor de los Congresistas y de todos aquellos a los que les es aplicable el artículo 17 de la

Ley 4 de 1992 [1] . Éste comprende –a juicio de los demandantes- reglas que les permiten acceder, en mejores condiciones que el resto de la población, a prestaciones de naturaleza pensional.

En particular, los demandantes censuran que: (i) la mesada pensional que pueden reclamar no está sujeta al tope establecido en el Acto Legislativo 1 de 2005, (ii) no sea proporcional a las cotizaciones efectuadas al sistema durante su vida laboral, (iii) la forma de liquidar el ingreso se toma a partir del último año de servicio y no como lo consagra el régimen general de pensiones y (iv) el incremento anual se hace en relación con el salario mínimo a diferencia de todas las demás mesadas pensionales que son reajustadas de conformidad con el índice de precios de consumidor (IPC).

Como se aprecia en el acápite de antecedentes de esta sentencia, las posiciones respecto de la norma demandada son diversas. A manera de ejemplo se recuerda lo sostenido por algunos intervinientes.

El Colegio de Abogados del Trabajo y la Central Unitaria de Trabajadores intervinieron en el proceso y solicitaron declarar la INEXEQUIBILIDAD de la disposición acusada, al considerar que contraviene la sostenibilidad del sistema pensional por cuanto se reconoce una pensión sin que se hayan hecho las cotizaciones para el efecto. Agregan que al liquidar la pensión de un Congresista se encuentran rubros a los cuales la mayoría de trabajadores colombianos no tienen acceso.

El Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, solicitó la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA , aduciendo que la Corte debe determinar cómo se adecua a la Constitución el régimen pensional de Congresistas a la luz de la reforma constitucional de 2005 que cambió el paradigma de las pensiones en Colombia.

La Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y el Departamento Administrativo de la Función Pública intervinieron en el proceso para defender la existencia de cosa juzgada constitucional y por tanto, solicitaron ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-608 de 1999.

Por su parte, FECODE, el Ministerio Público y el Seguro Social solicitan que la Corporación se declare INHIBIDA al considerar que la disposición se encuentra derogada a partir de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005.

No obstante, el Instituto de Seguros Sociales considera que debe interpretarse que sólo son beneficiarios del régimen de transición aquellos que para el 1 de abril de 1994 estuviesen inscritos en el régimen especial.

Antes de abordar el problema jurídico que se plantea en la demanda, la Corte debe resolver tres asuntos previos, relacionados con la solicitud de nulidad del trámite de constitucionalidad presentada por algunos ciudadanos, la vigencia de la disposición demandada y la existencia de la cosa juzgada constitucional . En este orden de ideas, si a partir de este análisis se considera que la Corporación es competente para emitir un pronunciamiento de fondo, procederá a analizarse si el régimen pensional especial previsto para los Congresistas, resulta contrario a los principios que inspiran el sistema de seguridad social en pensiones contenido en el artículo 48 Superior y si es violatorio del derecho a la igualdad.

3.3. CUESTIONES PRELIMINARES 3.3.1. Solicitud de nulidad El 22 de febrero del 2013, los ciudadanos Oscar José Dueñas Ruiz, Alberto Pardo Barrios y Orlando Restrepo Pulgarín, en nombre propio y en representación de ANPPE (Asociación Nacional de Parlamentarios Pensionados), SINTRAISS y de la Confederación de Pensionados de Colombia, respectivamente, solicitaron " la nulidad de lo actuado a partir de la presentación del borrador de sentencia".

En primer lugar, los accionantes sostienen que se encuentran legitimados para interponer la nulidad por cuanto fueron invitados para intervenir dentro de la audiencia pública que tuvo lugar el 24 de enero del 2013. En este orden de ideas, en Auto de fecha 13 de diciembre de 2012 se convocó a ANPPE, quien designó a los ciudadanos Oscar Dueñas Ruiz y Edmundo López Gómez, al Presidente de SINTRAISS, Alberto Pardo Barrios y a la Confederación Colombiana de Pensionados representada por Orlando Restrepo Pulgarín.

Los solicitantes aducen que “ la prensa, la radio, la televisión, trataron con los peores epítetos, inicialmente a ex parlamentarios y ex magistrados, generalizando, sin excepción alguna; luego lo hicieron contra quienes están en el régimen de prima media con prestación definida ”.

Agregan que en este ambiente los medios de comunicación habrían tenido acceso al proyecto de sentencia y en ese orden de ideas éste “ no estaría exento de quedar aprisionado por la camisa de fuerza que crea la teoría y la praxis de la propaganda”.

De otro lado, los peticionarios hacen referencia a que uno de los pasos procesales dentro de la acción pública de inconstitucionalidad, es el de proyecto de sentencia cuyo objetivo es su presentación a los demás magistrados, y no a los demás medios de comunicación. Por ello “ al publicitarse el proyecto el proyecto de sentencia, en el contexto antes indicado, esto contribuye a la violación del debido proceso sustantivo porque el prematuro borrador no solo se apartó de las normas propias del juicio, sino que viabilizó discusiones colaterales y altamente nocivas para los derechos fundamentales de los jubilados.”.

También señala que la audiencia pública ha debido celebrarse con anterioridad al registro del proyecto de sentencia, porque si no fuese así, “ sería un saludo a la bandera ya que lo dicho en la audiencia simplemente sería relacionado dentro de la historicidad del proceso pero no dentro de la discusión argumentativa.” Los peticionarios hacen una descripción de la situación de Colpensiones y agregan que los medios de comunicación han realizado una campaña de desprestigio contra el régimen de prima media y, en su opinión, han utilizado el proyecto de sentencia para dichos fines.

Finalizan sus argumentos aduciendo que existe una estratagema para que la ciudadanía considere que el régimen de prima media es inviable. De igual manera considera que no es posible la afectación de los derechos adquiridos.

En este orden de ideas, para los ciudadanos, el conocimiento del proyecto de sentencia por parte de los medios de comunicación influye indebidamente en las resultas de la decisión, situación que desconoce el debido proceso.

3.3.1.1 No existe legitimación para la interposición de la nulidad Esta Corporación ha considerado que sólo está legitimado para solicitar la nulidad de sus sentencias, proferidas en sede de control de constitucionalidad, quien ha actuado como parte o como interviniente en el proceso [2] .

Ahora bien, sobre esta última categoría, la de ciudadano interviniente, conviene indicar que, tal como lo señala su designación, el ciudadano debe ostentar la calidad de interviniente, la cual se adquiere cuando efectivamente éste radica en la Secretaría General de la Corte Constitucional, escrito de intervención con destino al proceso correspondiente, y dentro de los términos que el juez de control de constitucionalidad indique para ello. Esto es, dentro de los diez días de fijación en el lista para intervención ciudadana, regulados en el inciso segundo del artículo 7º del Decreto 2067 de 1991.

En el término de fijación, según constancia de la Secretaría General de la Corporación intervinieron: el Colegio de Abogados del Trabajo, la Federación Colombiana de Educadores – FECODE, la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, el Departamento Administrativo de la Función Pública y el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República – FONPRECON.

Es decir, dentro del término de fijación en lista, los ciudadanos Oscar José Dueñas Ruiz, Alberto Pardo Barrios y Orlando Restrepo Pulgarín, en nombre propio y en representación de ANPPE (Asociación Nacional de Parlamentarios Pensionados), SINTRAISS y de la Confederación de Pensionados de Colombia, respectivamente, no intervinieron en el proceso de constitucionalidad.

Los peticionarios solo participaron con posterioridad, en la audiencia pública convocada en este proceso por citación de la Corte, como voceros de las mencionadas asociaciones, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991.

En consecuencia, se negará la solicitud de nulidad por falta de legitimación de los peticionarios. 3.3.2. Vigencia de la norma Algunos intervinientes plantean a la Corporación la imposibilidad de pronunciarse sobre el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 en razón a que consideran que a partir de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, el régimen especial de Congresistas fue derogado.

Lo anterior por cuanto este último dispuso: (i) " A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República" y (ii) "Parágrafo transitorio 2o. Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los parágrafos del presente artículo, la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010".

3.3.2.1. De manera reiterada esta Corporación ha señalado que el control de constitucionalidad no procede frente a normas derogadas. En este orden de ideas, antes de adelantar el juicio abstracto de constitucionalidad es preciso analizar la vigencia de la disposición atacada.

En ese sentido, es claro que normas que ya no están en el ordenamiento jurídico por decisión expresa o tácita del legislador ordinario o extraordinario no pueden ser objeto del control de constitucionalidad, por cuanto su exclusión del mundo jurídico ya se produjo y, como tal, carece de fundamento contrastar la disposición con la Constitución, toda vez que la supremacía e integridad de la normativa superior no está en juego.

La regla anterior tiene una excepción que la jurisprudencia constitucional se ha encargado de elaborar, al admitir que el análisis sobre la vigencia de una disposición no debe estudiar simplemente si ella ha sido derogada, sino que también debe indagar si, pese a su exclusión del ordenamiento, la misma sigue proyectando sus efectos, evento en el cual, pese a que el precepto ya no hace parte del ordenamiento jurídico, a la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus funciones de salvaguarda de la integridad y supremacía de la Constitución, le compete realizar el análisis correspondiente, para determinar su compatibilidad con los preceptos superiores y en caso de encontrarla incompatible con el ordenamiento constitucional, impedir que sus efectos se sigan irradiando. Ha dicho esta Corporación:

"Ciertamente, la jurisprudencia reiteradamente ha sostenido que la sustitución o derogatoria de una norma no es por sí misma motivo o causa para el rechazo de la demanda o para que la Corte profiera un fallo inhibitorio; lo anterior por cuanto la norma puede encontrarse produciendo efectos jurídicos, o llegar a producirlos en el futuro, por lo cual puede ser necesario un pronunciamiento de mérito. Así pues, si la Corte ha considerado que mantiene competencia para conocer y decidir demandas de inconstitucionalidad dirigidas en contra de disposiciones que han perdido vigencia mas no eficacia, es decir que siguen produciendo efectos jurídicos a pesar de haber sido derogadas o sustituidas" [3] .

3.3.2.2. El Acto Legislativo 1 de 2005, por medio del cual se adicionó el artículo 48 Superior, dispuso que a partir de su vigencia, esto es, desde el 25 de julio de 2005, no habría regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio de los derechos adquiridos y de los regímenes aplicables a los miembros de la Fuerza Pública y el Presidente de la República. Esta misma disposición señaló que la vigencia de los regímenes pensionales especiales y de los exceptuados, así como cualquier otro distinto al régimen especial contenido en la Ley 100 de 1993, expiraría el 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tuvieran cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

Lo anterior permite entonces concluir que, con las precisiones anteriormente señaladas, en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la salvaguarda consagrada en el Acto Legislativo 1 de 2005, el régimen especial de Congresistas sigue aplicándose tanto a aquellos que adquirieron el derecho bajo su amparo, como

para aquellos que al 25 de julio de 2005 hubiesen cotizado al menos 750 semanas al sistema de seguridad social en pensiones. En este orden de ideas, contrario a lo sostenido por el Ministerio Público, el control que está llamada la Corte a ejercer recae, no sobre la situación individual y concreta de los destinatarios del régimen especial de los Congresistas, sino sobre la norma general que establece las condiciones a partir de las cuales la misma es definida, que además tiene un carácter general.

Se concluye entonces que, si bien el Decreto 1293 de 1994 ordenó la incorporación de todos los funcionarios del Congreso al régimen general de pensiones, con excepción de los beneficiarios del régimen de transición, y que por tanto, el régimen creado por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, se encuentra derogado, éste rige de manera ultractiva y aún produce efectos jurídicos en nuestro ordenamiento.

Esto obedece a que, en consideración a la existencia de una multiplicidad de regímenes pensionales anteriores a la reforma introducida por la Ley 100 de 1993, y con el propósito de proteger la expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión en las condiciones particulares de cada régimen, la misma ley, en su artículo 36, previó un régimen de transición, que fue además respetado por el Acto Legislativo 1 de 2005, con algunos ajustes en cuanto a su vigencia futura.

En virtud de lo anterior, el examen constitucional de esta disposición que fue derogada, cobra sentido, en la medida en que “es posible la valoración de constitucionalidad de normas derogadas, cuando se estime que las mismas, pese a la derogatoria, están produciendo o pueden llegar a producir efectos jurídicos.” 3.3.3.

Inexistencia de cosa juzgada En la Sentencia C-608 de 1999 esta Corporación declaró la exequibilidad del artículo acusado. Sin embargo, no puede afirmarse que ha operado la cosa juzgada constitucional y que ello impide emitir un pronunciamiento de fondo en este caso por varias razones:

3.3.3.1. La primera se basa en el hecho que en la Sentencia C-608 de 2009, la Corporación no realizó ningún análisis de la constitucionalidad de la norma, de conformidad con el modelo y los fines del Estado Social de Derecho. Este análisis resulta fundamental para estudiar la constitucionalidad de cualquier régimen pensional.

En dicha sentencia, la cosa juzgada fue relativa por cuanto la Corte limitó los efectos de su fallo a los cargos estudiados en aquella oportunidad. Ello permite entonces que en el futuro vuelvan a plantearse argumentos de inconstitucionalidad sobre la misma disposición que tuvo pronunciamiento anterior [4] . La parte resolutiva de la Sentencia C-608 de 2009 consagró: “ Declárense EXEQUIBLES , en los términos de esta Sentencia , el literal ll) del artículo 2 y el artículo 17 de la Ley 4 de 1992” 3.3.3.2.

En segundo lugar , entre la expedición de la Sentencia C-608 de 1999 y la interposición de la demanda, se produjo un cambio en el parámetro normativo de control derivado de la expedición del Acto Legislativo 1 de 2005, que, como se explicará más adelante, cambia las reglas constitucionales sobre el régimen pensional, y por tanto, se produjo una inconstitucionalidad sobreviniente.

En relación con la inconstitucionalidad sobreviniente , ésta tiene lugar cuando se produce una modificación posterior de las normas constitucionales o de la conformación de las normas que integran el bloque de constitucionalidad a partir de las cuales se realizó el control, por cuanto ello supondría la modificación del patrón de comparación.

En la Sentencia C-238 de 2006 [5] se dijo al respecto: “Frente a lo que la acción pública surge como el mecanismo para declarar la inconstitucionalidad. Y otra, que tiene que ver con la modificación posterior de las normas constitucionales o de la conformación de las normas que integran el bloque de constitucionalidad. Lo cual supone la modificación del patrón de comparación a partir del cual se realizó el cotejo, propio del ejercicio del control de constitucionalidad, que se hizo entre las normas estatutarias y las normas del bloque de constitucionalidad. Por lo que en dicha situación no podría

hablarse en estricto sentido de un pronunciamiento previo de la Corte Constitucional sobre el asunto. En conclusión, estas situaciones podrían generar una inconstitucionalidad sobreviviente, ante la cual sobreviene igualmente el deber de la Corte Constitucional de repararla. Lo anterior es una consecuencia lógica de la imposibilidad material de que los jueces de control de constitucionalidad puedan anticiparse – mediante el control previo – a todas las posibles inconstitucionalidades derivadas de la aplicación futura de las leyes." 3.3.3.3.

En tercer lugar , los argumentos por los cuales la Corte descartó el desconocimiento del derecho a la igualdad en la Sentencia C-608 de 1999, deben ser revisados a partir de la expedición del Acto Legislativo 1 de 2005. Allí se consideró que la investidura que ostentan los Congresistas es razón suficiente para establecer a su favor un régimen pensional especial. No obstante, a partir del Acto Legislativo, el ordenamiento constitucional propugna por la existencia de un régimen general al cual deben encontrarse sometidos todos los habitantes sin distinción, sin perjuicio del llamado régimen de transición, y por ello, el argumento en el que se basó la Sentencia C-608 de 1999 debe ser analizado a la luz del Acto Legislativo 1 de 2005.

Bajo esta óptica, la Corporación debe estudiar si bajo la óptica de esta nuevo esquema pensional introducido en 2005, el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 desconoce o no la garantía a la igualdad consagrada en el artículo 13 Superior.

3.3.3.4. La cuarta razón tiene que ver con lo que la jurisprudencia ha denominado cambio del contexto normativo. Este concepto hace referencia a que si bien el juez constitucional está obligado a respetar y estarse a lo que en su momento se resolvió sobre un determinado tema, también debe ser consciente de que en la sociedad se presentan cambios culturales, políticos y normativos que, en un momento determinado, lo deben llevar a efectuar un nuevo análisis sobre normas que fueron consideradas exequibles en un tiempo pero que, a la luz de los nuevos sentidos normativos resultantes de una evolución en la interpretación de la norma demandada o en las normas constitucionales - en especial en razón del "derecho viviente" plasmado en las sentencias judiciales - , pueden no serlo [6] .

En este orden de ideas, se considera que, en el presente caso (i) en tanto el fallo anterior no efectuó el análisis propuesto ahora por el demandante y (ii) el contexto normativo ha variado, es posible afirmar que no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. En otros términos, no se cumplen dos de los requisitos para la existencia de la cosa juzgada, porque no existe identidad en la argumentación empleada por la Corte para resolver la acusación y la que ahora se presenta en la demanda objeto de análisis.

3.4. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO COMO PRINCIPIO A LA LUZ DEL CUAL DEBEN VALORARSE E INTERPRETARSE LOS REGÍMENES PENSIONALES 3.4.1. El Estado Social de Derecho como forma de organización política De acuerdo con el artículo 1º de la Constitución, Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general, entre otras características. A partir de esta disposición, la jurisprudencia constitucional ha definido el Estado Social de Derecho como una "(…) forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándoles asistencia y protección" [7] .

Sobre el origen de esta fórmula política, es pertinente citar la Sentencia C-1064 de 2001 [8] , en la que la Corporación explicó: " La fórmula política del Estado Social de Derecho surge en la postguerra europea como una forma de organización estatal que pretende corregir las limitaciones de la concepción clásica del Estado de Derecho, expresión política de una sociedad compuesta por individuos concebidos abstractamente como libres e iguales. La teoría del estado del siglo XIX y principios del XX partía de la idea del ciudadano como persona adulta, letrada, propietaria, generalmente masculina, y libre frente al poder público. Desde esta perspectiva, la sociedad era autónoma para el aseguramiento de su reproducción material y cultural, por lo que el Estado estaba prioritariamente destinado a proteger a las personas frente a

peligros internos y externos por medio de la policía, el ejército y la justicia. No obstante, la recesión económica de la primera posguerra y la expansión de las ideas socialistas, acompañadas de reacciones de corte igualitario dentro de las doctrinas liberales y conservadoras, así como la creciente industrialización y tecnificación de las sociedades, vinieron a dejar en claro hasta qué punto el ser humano no es realmente libre e igual debido a limitaciones naturales y sociales, dentro de las cuales sobresalen las económicas. Es por ello que se acepta que, en muchos casos, la libertad y la igualdad requieren para su realización de medidas, acciones, prestaciones, servicios, que la persona, por sí misma, no puede asegurar. El Estado de derecho evolucionó así, de un estado liberal democrático a uno social, también democrático, animado por el propósito de que los presupuestos materiales de la libertad y la igualdad para todos estén efectivamente asegurados ” (negrilla fuera del texto).

[9] 3.4.2. Principios que guían el Estado Social de Derecho Como dejan ver estas referencias, el Estado Social de Derecho como forma de organización política es guiada por varios principios entre los que se destacan, de conformidad con el artículo 1º de la Carta, la igualdad, la dignidad, el trabajo y la solidaridad.

3.4.2.1. El artículo 13 de la Constitución reconoce el principio de igualdad en dos dimensiones: igualdad formal e igualdad material. La primera, legado del Estado liberal clásico, se caracteriza por la exigencia de igualdad de trato por las leyes y las regulaciones a partir de la premisa de que todos los individuos son libres e iguales. Por tanto, la igualdad formal demanda del Estado una actividad imparcial [10] y proscribe cualquier diferenciación injustificada, originada por ejemplo en razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, entre otros criterios.

A la luz de esta faceta de la igualdad, un tratamiento diferenciado será posible solamente cuando se observen los siguientes parámetros: “ primero, que los hechos sean distintos; segundo, que la decisión de tratarlos de manera diferente esté fundada en un fin aceptado constitucionalmente; y tercero, que la consecución de dicho fin por los medios propuestos sea posible y además adecuada ” [11] .

La igualdad material, de otro lado, parte del reconocimiento de la existencia de desigualdades en la sociedad, fruto no solamente de la naturaleza, sino también de los arreglos económicos, sociales, culturales y políticos, las cuales constituyen un obstáculo para gozar, desde una perspectiva material, de los derechos constitucionales [12] .

En este orden de ideas, el principio de igualdad desde la perspectiva material exige al Estado adoptar medidas para contrarrestar tales desigualdades y ofrecer a todas las personas oportunidades para ejercer sus libertades, desarrollar sus talentos y superar los apremios materiales [13] .

Como se indicó en la Sentencia T-426 de 1992, esta dimensión del principio de igualdad puede desarrollarse mediante acciones afirmativas –tratos diferenciados favorables- a favor de los grupos históricamente discriminados o en situación de desventaja debido a factores culturales, sociales y/o económicos, entre otros.

3.4.2.2. El principio de dignidad , a su turno, proscribe la instrumentalización de los seres humanos en virtud del reconocimiento del valor intrínseco de la vida humana [14] , e impone el deber al Estado de adelantar todas las acciones necesarias para asegurar al menos los siguientes contenidos protegidos:

“ La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).” [15] .

3.4.2.3. El principio del trabajo impone al Estado la adopción de políticas dirigidas al pleno empleo de los recursos humanos y a la protección del trabajo, de conformidad con los artículos 25, 53 y 334 superiores [16] , bajo la idea de que

el trabajo es una herramienta para la garantía del mínimo vital y otros derechos.

3.4.2.4. Finalmente, el principio de solidaridad exige al Estado y a toda la sociedad “la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo” [17] . De acuerdo con este principio en concordancia con el de igualdad, el Estado debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en circunstancias de mayor debilidad o vulnerabilidad, y exigir mayores contribuciones y esfuerzos a quienes están en mejor situación.

Así, la solidaridad exige a todos contribuir a la financiación de los gastos del Estado de acuerdo con la capacidad económica de cada uno - artículo 95 de la Carta-, con miras a mejorar las condiciones de vida de los sectores en mayor desventaja. La Corte explicó sobre este punto lo que sigue en la Sentencia C-1064 de 2001 [18] :

“Por otra parte, la efectiva realización del principio de Estado Social de Derecho presupone la obligación del pago de tributos por parte de los particulares. Tal conclusión se desprende del principio de solidaridad (artículo 1 C.P.) y del deber de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad (artículo 95 inciso 3 numeral 9 C.P.). Es precisamente en el contexto de toma de decisiones macroeconómicas y sociales que los distintos sectores de la población, en virtud del principio de solidaridad, asumen cargas públicas razonables para permitir que sectores excluidos puedan progresivamente ser incorporados al goce de los beneficios del progreso, lo cual sólo se puede lograr mediante la conciencia creciente de la necesidad de cooperar y actuar mancomunadamente para mejorar la calidad de vida de todos los colombianos y superar gradualmente las desigualdades presentes”.

3.4.3. Finalidades del Estado Social de Derecho En virtud de estos principios, el Estado Social de Derecho tiene entre sus finalidades más importantes, garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos constitucionales –entre los que cobran especial relevancia los derechos económicos, sociales y culturales, y en particular, el mínimo vital-, brindar especial protección a los más débiles y asegurar un orden político, económico y social justo mediante la distribución y la redistribución [19] .

3.4.3.1. Como se ha indicado por esta Corte, el Estado Social de Derecho supone un compromiso de todos los poderes públicos y la sociedad con la garantía de unas condiciones de subsistencia dignas para todas las personas, particularmente las de los sectores más débiles y vulnerables , en concordancia con los principios de dignidad humana y solidaridad [20] .

En este sentido, resulta importante lo dicho en la Sentencia T-426 de 1992: “El Estado social de derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. El fin de potenciar las capacidades de la persona requiere de las autoridades actuar efectivamente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los escasos medios dinerarios para desenvolverse en sociedad ” (negrilla fuera del texto).

Esta Corporación también ha resaltado que no solamente el Estado sino toda la sociedad están vinculados a este mandato en virtud del principio de solidaridad. Así, en atención a la limitación de los recursos del Estado, es también obligación de las familias y la sociedad prestar asistencia y contribuir a la garantía del mínimo vital de quienes están en situación de desventaja [21] .

Al respecto, en la Sentencia C-575 de 1992, se señaló: “(…) El nexo justicia-solidaridad es evidente, pues en un régimen de carencia de recursos suficientes, como Colombia, una parte de la sociedad civil está llamada a participar en la solución de las necesidades de los más pobres. También es manifiesta la relación dignidad-solidaridad. Ellas son, respectivamente, un valor y un principio de los cuales se predica su total compatibilidad. Es gracias a la solidaridad que se puede arribar a la dignidad, si se parte del supuesto de la realidad colombiana, enmarcada en un ámbito de desequilibrios sociales y territoriales. La solución de las necesidades básicas insatisfechas de importantes sectores de la sociedad colombiana es un compromiso de todos, esto es, del Estado, la sociedad y los particulares. Luego la solidaridad

es un deber constitucional de todos, que aspira a lograr la materialización de los valores fundantes de la justicia y la dignidad.” [22] 3.4.3.2.

Por otra parte, del Estado Social de Derecho y su compromiso con la igualdad surge un deber particular de protección especial de los más débiles , como los adultos mayores, las personas en situación de pobreza, las víctimas de la violencia, las personas en situación de discapacidad y los niños, entre otros [23] .

Nótese que este compromiso significa no solamente un deber de protección especial en la dimensión económica, sino también social, política, cultural, etc.

3.4.3.3. Finalmente, el Congreso y los poderes públicos en general –incluidos los jueces- tienen la tarea de adoptar las medidas necesarias para construir un orden político, económico y social justo [24] .

En este orden de ideas, el Legislador y otros entes con competencias de regulación deben introducir reglas que favorezcan dicho fin, para lo cual es indispensable que consulten la realidad fáctica sobre la que surtirán efectos, tengan en cuenta la situación en la que se hallan sus destinatarios y evalúen los impactos de la normativa en términos de distribución. Al respecto, se destaca lo señalado en la Sentencia T-533 de 1992:

“(…) el legislador debe respetar los parámetros constitucionales establecidos para una más justa y equitativa redistribución de los recursos económicos y sociales con el objeto de favorecer a los grupos tradicionalmente marginados de los beneficios de la riqueza” (negrilla fuera del texto).

A su turno, en la Sentencia C-776 de 2003 [25] , la Corporación manifestó: “Como consecuencia de lo anterior, las medidas adoptadas por las autoridades en el marco de un Estado Social de Derecho han de consultar la realidad fáctica sobre la cual habrán de surtir efectos, con miras a materializar la finalidad primordial adscrita por esta fórmula política a las instituciones públicas: promover condiciones de vida dignas para la totalidad de la población. Ello es especialmente predicable de las leyes en materia económica, y mucho más de las disposiciones tributarias, según lo ha precisado la Corte Constitucional en varias oportunidades.” 3.4.4.

Algunas herramientas al servicio del Estado Social de Derecho El Estado Social de Derecho cuenta con distintos instrumentos para el logro de estos compromisos.

Ellos tienen en común el empleo de diferentes estrategias para la distribución y redistribución de las cargas y beneficios económicos y sociales con miras a crear un sistema social y económico justo, en concordancia con los principios de igualdad material y solidaridad.

3.4.4.1. Uno de los más importantes es el poder del Estado de intervención en la economía , dentro de los límites que fija la propia Constitución. Por ello el artículo 334 superior señala que la intervención del Estado en la economía debe "asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos” . En concordancia, la Corte Constitucional ha recordado que entre los objetivos de la intervención del Estado en la economía se destacan la corrección de la distribución inequitativa de los recursos económicos y la escasez de oportunidades [26] , la promoción del empleo [27] y, en términos generales, la corrección de las fallas del mercado y la promoción de un desarrollo económico y social justo [28] .

La Corte ha señalado que existen distintas formas y diferentes instrumentos de intervención del Estado en la economía por medio de los cuales pueden lograrse los fines del Estado Social de Derecho;

algunas de dichas modalidades fueron expuestas de la siguiente manera en la Sentencia C-150 de 2003 [29] : “Ahora bien, la intervención del Estado en la economía puede ser de diferente tipo, sin que siempre pueda efectuarse una diferenciación clara entre las formas de intervención correspondientes. Así, por ejemplo, en la doctrina se habla de intervención estatal global, cuando versa sobre la economía como un todo, sectorial, cuando recae en una determinada

área de actividad, o particular, si apunta a una cierta situación como por ejemplo a la de una empresa; de intervención estatal directa, cuando recae sobre la existencia o la actividad de los agentes económicos, o indirecta, cuando está orientada no a la actividad económica propiamente dicha sino al resultado de la misma; intervención unilateral, cuando el Estado autoriza, prohíbe o reglamenta una actividad económica, o intervención convencional, cuando el Estado pacta con los agentes económicos las políticas o programas que propenden por el interés general; intervención por vía directiva, cuando el Estado adopta medidas que orientan a los agentes económicos privados, o intervención por vía de gestión, cuando el Estado se hace cargo el (sic) mismo de actividades económicas por medio de personas jurídicas generalmente públicas.

Por otra parte, de acuerdo con su función, la intervención del Estado en la economía también se puede agrupar en diferentes tipos. Algunos doctrinantes distinguen, entonces, tres clases de intervencionismo económico: conformativa, que establece los requisitos de existencia, formalización y funcionamiento de los actores económicos;

finalística, que señala los objetivos generales o las metas concretas a los cuales han de propender los actores económicos; y condicionante, que propiamente fija las reglas de juego del mercado o de un sector económico.

Adicionalmente, según su contenido, los actos de intervención estatal pueden someter a los actores económicos a un régimen de declaración –un nivel bajo de intervención que sólo exige que los actores económicos presenten a las autoridades determinada información–, un régimen de reglamentación, mediante el cual se fijan condiciones para la realización de una actividad, un régimen de autorización previa, que impide el inicio de la actividad económica privada sin que medie un acto de la autoridad pública que lo permita, un régimen de interdicción, que prohíbe ciertas actividades económicas juzgadas indeseables, o un régimen de monopolio, mediante el cual el Estado excluye del mercado determinadas actividades económicas, y se reserva para sí su desarrollo sea de manera directa o indirecta según lo que establezca la ley" (referencias eliminadas).

Por otra parte, en la Sentencia C-932 de 2007 [30] , la Corporación consideró que es posible la utilización del contrato estatal como un mecanismo de intervención con fines de igualdad promocional, para lo cual se pueden introducir medidas de acción afirmativa a favor de grupos en situación de debilidad en los procesos de selección de los contratistas del Estado. Para la Corte, en el escenario de la contratación estatal, no solamente el objeto del contrato sirve al desarrollo de los fines del Estado Social de Derecho, sino que la selección misma de los contratistas puede ser una herramienta que contribuya a la corrección de la desigualdad de oportunidades que existe en el plano de lo fáctico.

3.4.4.2. En segundo lugar, el Estado Social de Derecho debe valerse de un sistema tributario para la realización de sus fines. Al respecto, en la Sentencia C-776 de 2003 [31] , la Corte recordó que si bien es cierto los tributos son principalmente una herramienta para el recaudo de recursos para financiar el gasto dirigido al cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho, también lo es que su configuración y la del sistema tributario como un todo puede servir para la redistribución del ingreso, por ejemplo, desde el punto de vista de quiénes deben contribuir y en qué monto. De ahí que la Constitución haya fijado como principios rectores del sistema tributario la equidad y la progresividad. La Corporación también resaltó que la progresividad del sistema tributario debe evaluarse no solamente desde la configuración de los tributos, sino también de forma posterior a la realización del gasto que ellos financian, de modo que un sistema será progresivo si logra la meta de redistribución hacia los sectores más pobres y desventajados [32] .

En el caso concreto, la Corte concluyó que la ampliación de la base gravable del IVA para incluir artículos de primera necesidad es incompatible con la cláusula de Estado Social de Derecho por varias razones, entre las que se destacan, de un lado, que contribuye a empujar a los estratos bajos hacia la pobreza y a los pobres hacia la indigencia, en tanto "les hace más gravosa o, en casos extremos, les imposibilita alcanzar lo mínimo requerido para llevar una vida digna ", y de otro, que no está acompañada de otra medida, particularmente de gasto, dirigida a compensar la desventaja creada [33] .

3.4.4.3. Otros de los instrumentos al servicio de los fines del Estado Social de Derecho son el presupuesto y el gasto público , por esta razón los artículos 350 y 366 de la Carta disponen reglas como que el gasto público social debe prevalecer sobre cualquier otra asignación salvo en los casos de guerra exterior o por razones de seguridad nacional, que la distribución territorial del gasto social debe tener en cuenta el número de personas con necesidades básicas insatisfechas, entre otros criterios, y que el presupuesto de inversión no puede disminuir porcentualmente con relación al año anterior respecto del gasto total de la correspondiente ley de apropiaciones.

Como ha precisado este Tribunal, el proceso presupuestario no puede ser ajeno , entre otros aspectos, a dos características centrales y estructurales de nuestro Estado :

“(i) ser un estado social de derecho, que implica tomar todas las medidas adecuadas y necesarias que se requieran para propender que toda persona goce de un mínimo vital en dignidad, ajeno a la pobreza y, como se dijo, (ii) ser una democracia participativa, que reconoce a las personas el goce efectivo de sus derechos políticos. De hecho, el principio de legalidad del gasto adquiere particularidades propias en el ámbito territorial, que no entra la Corte a considerar, por no ser objeto del presente análisis de constitucionalidad” [34] .

Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha resaltado que el presupuesto es una herramienta (i) de manejo macroeconómico, (ii) de control político y económico, y (iii) de distribución de cargas y beneficios, lo que explica no sólo el principio de legalidad del gasto sino la amplia deliberación que debe preceder su aprobación. Al respecto, en la Sentencia C-935 de 2004 [35] , se explicó:

“(…) el órgano legislativo ejerce, en efecto, una función de delimitación y control del poder del ejecutivo en materia económica, y contribuye a la efectiva realización de las metas fijadas en la ley del Plan de Desarrollo Económico y Social. La ley anual de presupuesto orienta así las finanzas públicas, imprimiéndole a la dinámica colectiva un rumbo u orientación particular, lo que la convierte claramente en un instrumento de política macroeconómica.” Sobre la función distributiva del presupuesto, también es relevante el siguiente aparte de la Sentencia C-1064 de 2001 [36] :

“ La función administrativa y política del presupuesto no es incompatible, entonces, con su carácter de herramienta macroeconómica. Por el contrario, la deliberación del Congreso sobre el proyecto del presupuesto constituye un control democrático y periódico de los representantes del pueblo a la política macroeconómica en su componente fiscal, propuesta por el Ejecutivo. El presupuesto general de la nación es una especie de contrato democrático anual sobre la asignación de recursos escasos y la fijación de prioridades, mediante el cual el Estado concreta no sólo un instrumento medular en la dirección de la economía y la política macroeconómica, sino la herramienta jurídica que expresa cuantitativamente el cumplimiento de fines esenciales del Estado y la política social para alcanzarlos. De este modo, el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general, la garantía y efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y el aseguramiento en condiciones de igualdad y equidad de un orden justo (artículo 2 C.P.), tienen un correlato real y específico en la ley de presupuesto que explican la necesidad de un proceso de creación y reforma calificado que permita la discusión amplia y la mayor participación posible a través de los representantes legítimos del pueblo reunidos en el Congreso” (citas eliminadas).

Por otra parte, una forma de promover los objetivos del Estado Social de Derecho desde el punto de vista del gasto puede ser a través de los subsidios. En este sentido, el artículo 368 de la Carta dispone que “[l]a Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas”.

En concordancia, el artículo 367 superior indica que el régimen tarifario de los servicios públicos, además de los costos de los servicios, debe tener en cuenta los criterios de solidaridad y redistribución de ingresos.

Finalmente, la Corte ha señalado que en aras de la realización de los fines del Estado Social de Derecho, es posible el recorte de ciertos gastos, especialmente los de funcionamiento, con miras a la redistribución de los recursos hacia los sectores menos favorecidos, incluso cuando ello significa la limitación de los derechos de otros sectores de la población más privilegiados.

Por ejemplo, en la Sentencia C-1064 de 2001 [37] , la Corte avaló la posibilidad de no realizar ajustes al salario de los servidores públicos de mayores ingresos en el mismo porcentaje del IPC sino en uno menor, bajo el argumento de que, por una parte, el artículo 53 de la Constitución no se desprende la consagración de un derecho a tal ajuste sino un derecho a mantener el poder adquisitivo real del salario, y por otra, ese derecho debe ser ponderado con otros principios constitucionales como la necesidad de mantener los niveles de inversión pública en el contexto de una crisis económica que conlleva una reducción de los recursos disponibles [38] .

No ocurre lo mismo respecto de los servidores de menores ingresos, a quienes –en criterio de la Corte- sí debe ajustárseles su salario según el IPC, teniendo en cuenta que están más expuestos a las consecuencias de la inflación sobre el mínimo vital. Este Tribunal explicó:

“ La cuarta razón tiene que ver con las finalidades sociales del Estado. Dadas las condiciones ponderadas y los argumentos esgrimidos en el presente caso, la justificación por la que se podría limitar el derecho en cuestión para los que se encuentran en las escalas salariales superiores, es el mandato al Estado de destinar prioritariamente recursos para atender sus deberes sociales para con los más necesitados (art. 366 de la CP). El grupo de servidores públicos con menores ingresos, junto a sus familiares, hacen parte, precisamente, de ese grupo de personas que constitucionalmente merecen una protección especial en un Estado Social de Derecho, particularmente en situaciones económicas como las que se han vivido en los últimos tres años.

Así pues, este primer grupo de trabajadores tiene derecho a que se les aumente su salario, no sólo nominalmente sino de forma tal que se mantenga el poder adquisitivo real del mismo. Para tal efecto debe tenerse como criterio preponderante la inflación. Dicho derecho no debe ser limitado respecto de quienes ganan un salario inferior al promedio ponderado mencionado.

(…) En el caso de los servidores públicos que devengan los salarios más altos la situación es diferente. Por una parte, los elementos de juicio fácticos apreciados por la Corte muestran que su situación no es tan gravosa como aquella en la que se encuentra gran parte de la población, y por otra, el contexto jurídico indica que no se trata de sujetos que por su situación, relativamente mejor que la de los desempleados que no gozan efectivamente del derecho al trabajo y que la de las personas en diferentes circunstancias de pobreza amparadas por normas constitucionales expresas, deban recibir una protección constitucional reforzada, como sí ocurre en el caso de los servidores que devengan los menores salarios por las razones anotadas.” La Corte también señaló en la referida sentencia lo siguiente sobre la proporcionalidad de la limitación respecto de los servidores de salarios más altos, teniendo en cuenta que la finalidad de la medida era mantener el nivel de inversión pública en un contexto de crisis:

“ Advierte la Corte que en el marco de un Estado Social de Derecho, en virtud del principio de solidaridad, quienes están mejor en la sociedad son los llamados a colaborar con aquellos que se encuentran en estado de vulnerabilidad, situación de indefensión o desprotección, o en estado de marginación. En este caso, considera la Carta que no es desproporcionado limitar a los servidores públicos con mejores salarios el derecho a mantener el poder adquisitivo real de su salario, con el fin de liberar y destinar recursos a cubrir las necesidades relativas al gasto público social.

Debe precisar la Sala que la conclusión a la que se llega luego de hacer el juicio de proporcionalidad depende, como se dijo, del contexto económico específico, lo cual significa que la justificación de la limitación es estrictamente temporal. No sería entonces admisible limitar el derecho en cuestión, así sea en aras de cumplir con el gasto social, en un contexto

económico en el que sea desproporcionada e innecesaria la limitación. No se desprende de la Constitución que los trabajadores sean los únicos, ni mucho menos los primeros, que deban ser solidarios con los más desvalidos".

Por último, la Corte llamó la atención sobre la necesidad de que los ahorros generados con la medida se destinaran efectivamente a la realización de los fines del Estado Social de Derecho. Al respecto, se indicó:

" En el presente caso, resulta manifiesto que ante las elevadas tasas de desempleo y de crecimiento de la pobreza en el país, una decisión exclusivamente dirigida a promover el ahorro fiscal para reducir el déficit fiscal no se compadece con la exigencia constitucional de brindar apoyo y protección, así sea mínimo, a todos los sectores de la población, en especial a grupos sociales como los desempleados, los indigentes, los discapacitados, los desplazados, los niños, las mujeres cabeza de familia y las minorías. Mientras las autoridades no demuestren lo contrario, esa finalidad definida expresa y directamente en la Constitución prevalece sobre otras cuya trascendencia superior y cuyo carácter imperioso no fue justificada en el presente proceso.

Por ello, en el cumplimiento del presente fallo se han de adoptar las medidas conducentes a asegurar que el ahorro fiscal obtenido como resultado del reajuste diferenciado de los salarios de los servidores públicos, represente un incremento efectivo del gasto público social reflejado en el aumento de los recursos destinados a los programas de inversión con tal fin ." En estos términos se declaró exequible artículo 2° de la Ley 628 de 2000.

Posteriormente, en la Sentencia C-931 de 2004 [39] , la Corte reiteró la posibilidad de que los ajustes de los salarios de los servidores que devengan más de dos salarios mínimos se realice en un porcentaje inferior al IPC, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

" * Las limitaciones de los ajustes salariales anuales deben respetar el principio de progresividad por escalas salariales, de tal manera que quienes perciban salarios más altos se vean sujetos a las mayores limitaciones y los servidores ubicados en la escala salarial más alta definida por el Gobierno sean quienes estén sometidos al grado más alto de limitación.

* En todo caso, para respetar el principio de proporcionalidad, las diferencias en los ajustes entre escalas salariales deberán ser mínimas, y a ninguno de los servidores públicos se le podrá afectar el núcleo esencial de ese derecho.

* Para que no se vulnere el núcleo esencial del derecho a mantener el poder adquisitivo del salario de los servidores públicos señalados, el ajuste en la última escala superior no podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) de la inflación causada en el año 2003.

No obstante, para la próxima vigencia fiscal de 2005 dicho tope del 50% no resultaría ajustado a la Constitución, pues el efecto acumulado de tal restricción haría más gravosa la limitación de derechos de los trabajadores; y porque, como enseguida se explica, al final del cuatrienio correspondiente a la vigencia del actual Plan Nacional de Desarrollo debe haberse reconocido la actualización plena del derecho a mantener el poder adquisitivo real del salario a todos los servidores públicos. Este criterio deberá ser tenido en cuenta en el Presupuesto del año 2005.

* A los servidores públicos a quienes se les limite el derecho, el Estado les debe garantizar que, dentro de la vigencia del plan de desarrollo de cada cuatrienio, progresivamente se avance en los incrementos salariales que les corresponden, en forma tal que se les permita a estos servidores alcanzar la actualización plena de su salario, de conformidad con el índice acumulado de inflación. El Gobierno y el Congreso tienen la obligación de incluir en los instrumentos de manejo de la política económica, previo un debate democrático, los programas y políticas que garanticen que, dentro de los cuatro años de vigencia del Plan Nacional de Desarrollo, se consigan reajustes progresivos que logren alcanzar, al final de tal período cuatrienal, incrementos iguales o superiores al índice acumulado de inflación para estos servidores.

A esta finalidad han de propender las políticas públicas correspondientes. Lo anterior significa que la limitación del referido derecho no constituye una deuda a cargo del Estado que deba ser cancelada retroactivamente por éste al término del periodo de cuatro años, sino un ahorro para hacer sostenible el gasto público social en condiciones macroeconómicas como las mencionadas en esta sentencia.

* En cada presupuesto anual, de no justificarse la limitación del derecho mencionado con razones cada vez más poderosas, deben incorporarse las partidas suficientes que garanticen efectivamente la actualización plena de los salarios durante la vigencia del plan de desarrollo.

* El ahorro que obtenga el Estado como consecuencia de las limitaciones a los ajustes salariales que temporalmente permite la Constitución, sólo pueden destinarse a la inversión social .

* Los ajustes salariales correspondientes a la vigencia fiscal de 2004 deben ser reconocidos por el Estado a partir del primero (1º) de enero de 2004, para lo cual deberán realizarse las adiciones y traslados presupuestales necesarios, y pagarse antes de la expiración de dicha vigencia fiscal" (negrilla fuera del texto).

Bajo estas condiciones se declaró exequible el artículo 2 de la Ley 848 de 2003. Los anteriores precedentes demuestran que ciertas limitaciones a las prestaciones periódicas que reciben los ciudadanos pueden ser compatibles con el Estado Social de Derecho, en especial a los que reciben los subsidios más elevados financiados con recursos públicos . En este orden de ideas, la concepción de igualdad material y solidaridad que lo inspira, se manifiesta plenamente en el mandato de protección especial a los más débiles, en términos comparativos, en el manejo y el reparto de recursos escasos.

3.4.4.4. De otro lado, las reglas de responsabilidad fiscal dirigidas a la promoción de la sostenibilidad financiera , en tanto son útiles para asegurar la realización sostenible de los derechos fundamentales, también deben ser tenidas como una herramienta al servicio de los principios y fines del Estado Social de Derecho.

De acuerdo con la literatura económica, las reglas de responsabilidad fiscal son restricciones a la forma de conducir la política fiscal de un país cuyos propósitos son lograr la sostenibilidad de las finanzas públicas, y lo más importante, promover un comportamiento responsable, transparente y disciplinado que cree confianza en el desempeño macroeconómico del país [40] .

En Colombia, desde hace varios años, se han introducido diversas formas de reglas de responsabilidad fiscal con el objeto de hacer sostenible en el tiempo el cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho y promover la transparencia y la responsabilidad en el manejo de las finanzas públicas, por su puesto siempre con respeto de los principios constitucionales, en particular, la obligación del Estado de hacer efectivos los derechos fundamentales.

Por ejemplo, en su texto original, la Constitución previó reglas como las siguientes: el artículo 347 dispuso que la totalidad de los gastos a realizar en un periodo fiscal deben estar contenidos en el proyecto de ley de apropiaciones elaborado por el Gobierno, con lo que se buscó, por una parte, que la opinión pública conociera la totalidad del importe de las apropiaciones presupuestales, y por otra, que tales apropiaciones no se incrementaran sin control y aprobación del Congreso. Con la misma finalidad, el artículo 345 señaló que "[e]n tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al Tesoro que no se halle incluida en el de gastos" . El artículo 346 radicó en el Gobierno la competencia para elaborar el proyecto de ley anual del presupuesto, y dispuso la articulación de esta ley con el Plan Nacional de Desarrollo, el cual contiene una programación plurianual de metas económicas. Los artículos 349 y 350 limitaron la competencia del Congreso para modificar el proyecto de ley anual de presupuesto, específicamente (i) para aumentar los cómputos de las rentas, de los recursos de crédito y provenientes del balance del Tesoro;

(ii) para aumentar las partidas del proyecto de presupuesto de gastos y para incluir partidas nuevas, sin la aceptación escrita del ministro del ramo; y (iii) para eliminar o reducir las partidas de gastos propuestas por el Gobierno dirigidas a atender el servicio de la deuda pública, las demás obligaciones contractuales del Estado, la atención completa de los servicios ordinarios de la Administración y las inversiones autorizadas en los planes y programas del Plan Nacional de Desarrollo. El artículo 354 previó la existencia de un Contador General "quien llevará la contabilidad general de la Nación y consolidará ésta con la de sus entidades descentralizadas territorialmente o por servicios" . En particular, el Contador debe uniformar, centralizar y consolidar la contabilidad pública, elaborar el balance general y definir las reglas contables que se deben aplicar en las finanzas públicas. Como medida de control, el balance que elabora el Contador, una vez es auditado por la Contraloría, es enviado al Congreso. El artículo 373 impidió la financiación del Gobierno con emisión.

A nivel legal, leyes como las siguientes han establecido este tipo de reglas: la Ley 358 de 1997, introdujo límites al endeudamiento de las entidades territoriales basados en indicadores de liquidez financiera y solvencia, y las obligó a adoptar programas de ajuste fiscal cuando su déficit fuera importante. La Ley 617 de 2000, impuso límites al crecimiento del gasto corriente de las entidades del sector público no financiero -teniendo como referente la meta de inflación- y de las entidades territoriales -tomando como directriz sus ingresos propios-. La Ley 819 de 2003 , "Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones" , obligó a presentar un marco fiscal de mediano plazo antes del 15 de junio de cada vigencia fiscal, dispuso que se debe fijar una meta de superávit primario para el sector público no financiero, p revió que el proyecto de presupuesto debe ser acorde a varios aspectos del marco fiscal de mediano plazo, y ordenó hacer explícito el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, así como hacerlos acordes al marco fiscal de mediano plazo.

También se han adoptado reformas constitucionales en la materia, por ejemplo, el Acto Legislativo 01 de 2001 (i) agregó un parágrafo transitorio al artículo 347 de la Constitución para limitar el crecimiento de los gastos de funcionamiento de orden nacional mediante la imposición de una tasa de crecimiento en función de la tasa de inflación, con excepción de los gastos destinados al pago de pensiones, de salud, de defensa, servicios personales, al Sistema General de Participaciones y a otras transferencias que señale la ley; y (ii) creó el Sistema General de Participaciones –en reemplazo del situado fiscal y la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación-, cuyo crecimiento fue atado al incremento de los ingresos corrientes de la Nación en los 4 años anteriores.

A su turno, el Acto Legislativo 01 de 2005 reconoció que la sostenibilidad es una condición para la realización del derecho a la seguridad social en pensiones.

Más recientemente, el Acto Legislativo 03 de 2011, mediante una reforma del artículo 334 Superior, estableció que la sostenibilidad fiscal debe ser un criterio orientador "de las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica".

Además, creó un incidente de impacto fiscal para permitir modular los efectos de las decisiones de las altas cortes que pueden tener un impacto significativo sobre la sostenibilidad de las finanzas públicas. Finalmente, reconoció expresamente que las reglas de responsabilidad fiscal, específicamente las dirigidas a la sostenibilidad, no pueden conducir a la vulneración, restricción o negación de los derechos fundamentales. El texto del parágrafo de la reforma señala:

" PARÁGRAFO. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva." Esta Corporación ha puntualizado que las reglas de responsabilidad

fiscal y el criterio de sostenibilidad tienen un carácter instrumental respecto de los fines y principios del Estado Social de Derecho, en particular, son una herramienta útil para la realización progresiva de los contenidos prestacionales de las garantías constitucionales. Sin embargo, ha resaltado que la disciplina fiscal y la sostenibilidad financiera no pueden tomarse como fines últimos del Estado ni justificar limitaciones de los derechos fundamentales.

Por ejemplo, en la Sentencia C-227 de 2004 [41] , a propósito de una demanda contra el inciso 2 del parágrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, se indicó que el argumento de sostenibilidad financiera no puede invocarse de forma genérica para limitar o negar un beneficio de la seguridad social a personas de sectores vulnerables. Por este motivo, se declaró inexequible la expresión “menor de 18 años” del precepto acusado, en tanto excluía a las madres de las personas en condición de discapacidad que superaran ese rango de edad del beneficio de la pensión especial de vejez a partir de razones de sostenibilidad financiera [42] .

Recientemente, en la Sentencia C-288 de 2012 [43] , la Corte manifestó que el criterio de sostenibilidad fiscal debe ser tomado como una herramienta para la realización progresiva de los derechos fundamentales, pero nunca como un limitante de aquellos [44] . En ese entendido, esta Corporación declaró que el Acto Legislativo 03 de 2011 no constituye una sustitución del Estado Social de Derecho como eje definitorio de nuestra Carta Política.

3.4.4.5. Los sistemas de seguridad social , además de ser respuesta a la existencia de un derecho fundamental a la seguridad social, tienen también una función instrumental desde el punto de vista de la realización de las finalidades del Estado Social de Derecho.

En este sentido, el artículo 48 de la Constitución señala que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Además, el Estado, con la participación de los particulares, tiene la obligación de ampliar progresivamente la cobertura del servicio.

La Constitución no define con exactitud las contingencias frente a las que debe brindar protección un sistema de seguridad social; sin embargo, de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a los sistemas de seguridad social se les exige brindar prestaciones sociales –en dinero o en especie- con el fin de ofrecer protección frente a contingencias como la falta de ingresos debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; gastos excesivos de atención de salud;

y apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo [45] . 3.4.4.6. Para terminar, es relevante hacer referencia a los servicios sociales como mecanismos para la realización de la cláusula de Estado Social de Derecho, particularmente para la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales en su condición de ejes axiológicos de dicha forma de organización política. De conformidad con la Sentencia C-1199 de 2008 [46] , “(…) los servicios sociales [son] actividades de carácter permanente y habitual, desarrolladas por el Estado o bajo su coordinación o supervisión, destinadas a satisfacer necesidades de carácter general de la población, en particular aquellas relacionadas con los derechos a los que la Constitución les atribuye un carácter social”.

La prestación de servicios sociales –de forma directa o por intermedio de los particulares- es entonces una obligación del Estado dirigida a la realización efectiva del Estado Social de Derecho, particularmente los contenidos prestacionales de los derechos económicos, sociales y culturales.

3.5. LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO Y SERVICIO PARA EL CUMPLIMIENTO DE LOS FINES DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO 3.5.1. El contenido del derecho a la seguridad social 3.5.1.1.

El artículo 48 Superior dispone que la seguridad social (i) es un servicio público de carácter obligatorio que se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y

solidaridad, y (ii) es a su vez un derecho constitucional fundamental, a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se infiere del siguiente texto “ Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social ” [47] en concordancia con varios instrumentos del bloque de constitucionalidad [48] .

3.5.1.2. Del texto constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se desprende que el derecho a la seguridad social en pensiones protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral, entre otras contingencias.

La pensión de vejez es entonces uno de los mecanismos que, en virtud del derecho a la seguridad social, protege a las personas cuando en razón de su edad, se produce una esperable disminución de su capacidad laboral, lo que les dificulta o impide obtener los recursos para disfrutar de una vida digna [49] .

3.5.1.3. Para poder brindar efectivamente protección frente a las contingencias señaladas, el derecho a la seguridad social demanda el diseño de un sistema que cuente con reglas, como mínimo, sobre (i) instituciones encargadas de la prestación del servicio, (ii) procedimientos bajo los cuales el sistema debe discurrir, y (iii) provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento. En este punto cobra especial importancia la labor del Estado, el cual, por medio de asignaciones de sus recursos fiscales, tiene la obligación constitucional de brindar las condiciones necesarias para asegurar el goce del derecho irrenunciable a la seguridad social [50] .

3.5.1.4. Además, el artículo 48 de la Carta indica que el sistema debe orientarse por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Según el principio de universalidad, el Estado –como sujeto pasivo principal del derecho a la seguridad social- debe garantizar las prestaciones de la seguridad social a todas las personas, sin ninguna discriminación, y en todas las etapas de la vida. Por tanto, el principio de universalidad se encuentra ligado al mandato de ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social señalado en el inciso tercero del mismo artículo 48 constitucional, el cual a su vez se refiere tanto a la ampliación de afiliación a los subsistemas de la seguridad social –con énfasis en los grupos más vulnerables-, como a la extensión del tipo de riesgos cubiertos [51] .

Por su parte, el principio de eficiencia requiere la mejor utilización social y económica de los recursos humanos, administrativos, técnicos y financieros disponibles, para que los beneficios a que da derecho la seguridad social, sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente. La jurisprudencia de esta Corporación ha definido la eficiencia como la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos y la maximización del bienestar de las personas [52] .

Finalmente, la solidaridad, hace referencia a la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades. Este principio tiene dos dimensiones: de un lado, como bien lo expresa el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, hace referencia a que el Estado tiene la obligación de garantizar que los recursos de la seguridad social se dirijan con prelación hacia los grupos de población más pobres y vulnerables; de otro, exige que cada cual contribuya a la financiación del sistema de conformidad con sus capacidades económicas, de modo que quienes más tienen deben hacer un esfuerzo mayor [53] .

Esa contribución, como se explicó en la Sentencia C-111 de 2006 [54] , además de hacerse a través de las cotizaciones, se produce “mediante aportes adicionales destinados a subsidiar las subcuentas de solidaridad y subsistencia del sistema integral de seguridad social en pensiones, cuando los altos ingresos del cotizante así lo permiten .” Otras formas de contribución, que no significan un aporte monetario, pueden ser las siguientes, también mencionadas en la providencia antes citada:

“(i) el aumento razonable de las tasas de cotización, siempre y cuando no vulneren los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna; (ii) la exigencia proporcional de períodos mínimos de fidelidad o de carencia, bajo la

condición de no hacer nugatorio el acceso a los derechos de la seguridad social y, eventualmente; (iii) el aumento de las edades o semanas de cotización, con sujeción a los parámetros naturales de desgaste físico y psicológico, como lo reconocen los tratados internacionales del derecho al trabajo.” En este orden de ideas, la solidaridad se encuentra ligada a la realización del principio de igualdad en su dimensión material dentro del sistema de seguridad social.

3.5.1.5. A la luz de estos principios, particularmente los de universalidad y solidaridad, es posible adoptar medidas distributivas dentro de los sistemas con miras a ampliar la cobertura a los sectores más pobres y vulnerables.

En este sentido, si bien carece de carácter vinculante para Colombia, es ilustrativo el informe de admisibilidad y de fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Asociación Nacional de Ex -servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras contra Perú (petición No. 12.670 del 27 de marzo de 2009), en el que la Comisión avaló medidas como la reducción del monto de las pensiones más elevadas dentro de un sistema pensional, sin que puedan oponerse los derechos adquiridos, con miras a promover la sostenibilidad y equidad del sistema, y la ampliación de la cobertura.

La Comisión Interamericana de Derechos humanos en el caso Asociación Nacional de ex Servidores del Instituto Peruano de la Seguridad Social y otras contra Perú, al analizar la supresión del “ Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles Prestados al Estado no Comprendidos en el Decreto Ley 19990 ” en el Perú, concluyó que los estados pueden reducir los efectos patrimoniales de las pensiones como un mecanismo para eliminar la inequidad en los sistemas de seguridad social.

Esta decisión fue adoptada en el siguiente contexto: el 27 de febrero de 1974, se promulgó en Perú el Decreto Ley 20530 “Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles Prestados al Estado no Comprendidos en el Decreto Ley 19990” , el cual establecía un régimen especial de pensiones para algunos funcionarios del Estado con tres características:

(i) tiempo para la adquisición de la pensión de 15 años para los hombres y 12 para las mujeres [55] ; (ii) descuentos menores a los del sistema general [56] ;

y (iii) derecho a la renovación con base en las modificaciones de la Escala de Remuneraciones cuando los hombres cuenten con 30 o más años de servicios y las mujeres con 25 o más años de servicios, tengan 60 o 55 años de edad o más, o hubieran cumplido 80 años de edad [57] .

La Constitución Política del Perú de 1993 estableció la garantía de irretroactividad de las leyes y elevó a la categoría de derechos adquiridos los regímenes pensionales consagrados en los Decretos Leyes 19990 y 20530 [58] .

El 17 de noviembre de 2004 se publicó la Ley de Reforma Constitucional No. 28398 mediante la cual: (i) se declaró cerrado el régimen pensional del Decreto Ley 20530, (ii) se señaló que quienes hubieran pertenecido a dicho régimen deberían optar entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones, y (iii) se dijo que no se podría prever la nivelación de las pensiones con las remuneraciones, ni la reducción del importe de las pensiones que fueran inferiores a una Unidad Impositiva Tributaria [59] .

El 3 de junio de 2005, el Tribunal Constitucional del Perú profirió una sentencia mediante la cual se declaró la constitucionalidad de las Leyes 28389 y 28449, señalando que en las mismas “ se sientan las bases de una redistribución económica importante que elimina distorsiones insultantes en los montos pensionarios en un Estado pobre como el peruano” y postulan una progresividad en el ejercicio real de los derechos pensionarios del conjunto de pensionistas [60] .

En los meses de agosto a diciembre de 2005, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió seis peticiones que exigían que se declarara la responsabilidad internacional de la República del Perú por la presunta violación de los

derechos consagrados en los artículos 2, 4, 10, 17, 21, 24, 25 y 26 en relación con las obligaciones establecidas en el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos II, XVI, XVIII y XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales . En este sentido, los peticionarios señalaron que los Decretos Leyes 20530 y 19990 eliminaron la teoría de los derechos adquiridos y su protección bajo el principio de irretroactividad de la ley en el sistema pensionario [61] .

Los peticionarios señalaron que a través de la reforma constitucional llevada a cabo a través de las leyes 28389 de 2004 y 28449 de 2004 del Perú, se modificó el régimen pensional regulado por el Decreto Ley 20530 con los siguientes efectos:

“1. El establecimiento de una entidad del Gobierno Nacional que administre los regímenes de pensiones a cargo del Estado; 2. L a derogación del principio de los “derechos adquiridos” por el de los “hechos cumplidos” (por lo tanto la aplicación inmediata de las nuevas reglas); 3. El cierre definitivo del régimen del Decreto Ley 20.530 para efectos de nuevos ingresos de los trabajadores; 4. El fin del sistema de la nivelación de pensiones;

5. El establecimiento de una pensión mínima (Unidad Impositiva Tributaria); 6. La imposición progresiva de topes que excedan una Unidad Impositiva; 7. El establecimiento de un tope máximo que será de dos Unidades Impositivas; y 8. La emisión de la Ley 28449 que sustituye el contenido del Decreto Ley Nº 20530 imponiendo nuevas formas de cálculo de pensión y la imposición de topes pensionarios en la pensión que recibirá el pensionista o sus beneficiarios” [62] .

El 27 de marzo de 2009, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluyó que el Estado peruano no incurrió en violación de los derechos consagrados en los artículos 21, 26 y 25 de la Convención Americana, ni de las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, por las siguientes razones:

Señaló que el derecho a la propiedad no es absoluto, pues su uso y goce puede ser subordinado al interés social dentro del contexto de una sociedad democrática en el que deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales:

“102. Tal como se deriva del texto mismo del artículo 21 de la Convención Americana, el derecho a la propiedad no es absoluto pues su uso y goce puede ser subordinado al interés social [63] .

La Corte Interamericana ha señalado que el derecho a la propiedad debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales [64] .

En palabras de la Corte, “la función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional” [65] [66] (negrillas y subrayado fuera de texto).

La Comisión recordó que la Corte Europea de Derechos Humanos ha sugerido que el derecho a la pensión no es absoluto, e indicó que su inclusión en el artículo 1 del Protocolo 1 no implica la protección de un monto dinerario específico:

“106. En similar sentido, la Corte Europea ha sugerido que el derecho a la pensión no es absoluto indicando que su inclusión en el artículo 1 del Protocolo 1 no implica la protección de un monto dinerario específico [67] .

107. En casos relacionados con reducciones de montos pensionarios, la Corte Europea ha tomado en consideración varios criterios para determinar la existencia o no de una violación del derecho a la propiedad. Además de analizar la legitimidad del fin que se pretende lograr con la restricción, ha indicado que le corresponde examinar la

proporcionalidad, esto es, si el Estado realizó un justo balance entre las demandas del interés general de la comunidad y los requisitos de la protección de los derechos individuales [68] . En dicho examen, la Corte se ha centrado en si la restricción ha afectado la esencia misma del derecho a la pensión [69] ” [70] (negrillas y subrayado fuera de texto).

También manifestó que las reformas realizadas en el Perú tenían un fin legítimo, pues la continuidad en el pago de dichas pensiones constituía una amenaza a la estabilidad financiera del Estado y al sistema pensional del sector público:

“110. El Estado peruano argumentó que la reforma constitucional y legal era necesaria por cuanto las contribuciones reguladas por el Decreto Ley 20530, no estaban siendo suficientes para solventar el pago de las pensiones derivadas de dicho régimen. En ese sentido, el Estado resaltó que la continuidad en el pago de dichas pensiones, constituía una amenaza a la estabilidad financiera del Estado en general y, en particular, al sistema pensional del sector público” [71] .

En este orden de ideas, resaltó la Comisión que mantener la estabilidad financiera del Estado y asegurar que el régimen de seguridad social se encuentre basado en el principio de equidad, constituye un interés social y, por lo tanto, un fin legítimo a ser perseguido por el Estado en una sociedad democrática:

“112. La Comisión considera que mantener la estabilidad financiera del Estado, así como asegurar que todo régimen de seguridad social se encuentre basado en principios de equidad [72] , constituyen un interés social y por lo tanto, fines legítimos a ser perseguidos por el Estado en una sociedad democrática . En particular, la Comisión estima que las posibilidades reales de acceder a un sistema de seguridad social en condiciones de igualdad, se encuentra relacionado con el principio de progresividad que debe regular toda acción estatal en materia de derechos económicos, sociales y culturales ” [73] (negrillas y subrayado fuera de texto).

Afirmó que la restricción impuesta al derecho a la pensión de las presuntas víctimas, fue proporcional pues constituyó un mecanismo idóneo para asegurar la estabilidad financiera del Estado y eliminar la inequidad en el sistema de seguridad social incrementando las pensiones más bajas, entre otros aspectos:

“116. En términos generales, la Comisión considera razonable el argumento de que estas medidas pueden generar un ahorro considerable y, por lo tanto, son idóneas para lograr el fin perseguido que, como se indicó en la sección anterior, es asegurar la estabilidad financiera del Estado y eliminar la inequidad en el sistema de seguridad social incrementando las pensiones más bajas, entre otros aspectos .

(…) 121. Con base en la información disponible, la Comisión considera que la restricción impuesta al derecho a la pensión de las presuntas víctimas, fue proporcional pues constituyó un mecanismo idóneo para lograr el fin propuesto, no afectó el contenido esencial del derecho ni desconoció de manera irrazonable las contribuciones efectuadas” [74] (negrillas y subrayado fuera de texto).

Señaló que la limitación en el ejercicio de un derecho no es sinónimo de regresividad, pues la obligación de no regresividad implica un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho con relación a las implicaciones colectivas de la medida:

“136. La Comisión considera de especial relevancia aclarar que la restricción en el ejercicio de un derecho no es sinónimo de regresividad. El corpus iuris interamericano en materia de derechos económicos, sociales y culturales, evidencia que el concepto de progresividad – y la obligación correlativa de no regresividad - establecida en el artículo 26 de la Convención Americana, no es excluyente de la posibilidad de que un Estado imponga ciertas restricciones al ejercicio de los derechos incorporados en esa norma.

La obligación de no regresividad implica un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho con relación a las implicaciones colectivas de la medida.

En ese sentido, no cualquier medida regresiva es incompatible con el artículo 26 de la Convención Americana ” [75] (negrillas y subrayado fuera de texto).

Finalmente, la Comisión Interamericana concluyó que la reforma que eliminó la posibilidad de aplicar la figura de la nivelación de las pensiones con los montos percibidos por los trabajadores en actividad no resulta regresiva por 3 razones:

En primer término , los pensionistas afectados no son representativos del estado de desarrollo del derecho a la seguridad social en Perú, en razón a que sus pensiones constituían un privilegio que por su alto costo, dificultaba mejorar progresivamente las condiciones de los pensionistas no beneficiados por dicha figura:

“138. En primer lugar, mediante la reforma se eliminó la posibilidad de aplicar la figura de la nivelación de las pensiones con los montos percibidos por los trabajadores en actividad. Esta medida, aunque pudo implicar una disminución a futuro de los montos percibidos, no resulta evidentemente regresiva por dos razones. La primera es que la mayoría de los pensionistas del sector público no gozaban de ese beneficio y, por lo tanto, los pensionistas afectados no son representativos del estado de desarrollo del derecho a la seguridad social en Perú.

Por el contrario, al tratarse de un régimen cerrado, es razonable considerar que la nivelación en sí misma constituía un privilegio que por su alto costo, dificultaba mejorar progresivamente las condiciones de los pensionistas no beneficiados por dicha figura ” [76] (negrillas y subrayado fuera de texto).

En segundo término , consideró que la creación de topes máximos a las pensiones no constituye en sí misma una medida regresiva, salvo que dicho tope sea manifiestamente incompatible con el contenido esencial del derecho:

“136. La Comisión considera que la creación de topes máximos a las pensiones no constituye en sí misma una medida regresiva, salvo que dicho tope sea manifiestamente incompatible con el contenido esencial del derecho . En el presente caso las autoridades estatales establecieron el monto del tope máximo de acuerdo a la realidad económica del país y el costo de vida. No se cuenta con elementos para considerar que el tope máximo de dos Unidades Impositivas Tributarias sea irrazonable o elimine la esencia del derecho a la pensión, por el contrario, la Unidad Impositiva Tributaria se incrementa periódicamente sin que la Comisión cuente con información detallada en el sentido de que dichos ajustes no satisfacen el aumento progresivo del costo de vida.

En conclusión, la Comisión considera que al haber afectado a un número reducido de pensionistas con la finalidad de mejorar las condiciones en el ejercicio del derecho a la pensión por parte de los demás beneficiarios, este extremo de la reforma tampoco constituyó una regresión prohibida por el artículo 26 de la Convención ” [77] (negrillas y subrayado fuera de texto).

En tercer término , la Comisión afirmó que la reforma no era necesariamente regresiva pues su finalidad era asegurar la viabilidad del sistema pensionario a futuro y eliminar la inequidad al interior del régimen:

“140. En tercer lugar, y como mecanismo para mantener el valor adquisitivo de las pensiones a pesar de la eliminación de la nivelación, la reforma estableció que las personas mayores de 65 años que perciban menos de dos Unidades Impositivas Tributarias, es decir, cuyas pensiones no superen el tope máximo, tendrán como mecanismo de reajuste de sus pensiones un incremento de acuerdo al índice de precios al consumidor. Ya la Comisión concluyó que la eliminación de la nivelación no constituyó una medida regresiva. La Comisión no cuenta con elementos específicos que permitan considerar que este nuevo mecanismo no es idóneo para mantener el valor adquisitivo de la pensión.

El hecho de que sea menos favorable para un grupo de pensionistas no implica necesariamente que sea regresiva en cuanto al grado de desarrollo del derecho a la pensión, máxime si, como se indicó anteriormente, el fin de estas medidas

es asegurar la viabilidad del sistema pensionario a futuro y eliminar la inequidad al interior del régimen ” [78] (negrillas y subrayado fuera de texto).

En conclusión, en el caso Asociación Nacional de ex Servidores del Instituto Peruano de la Seguridad Social y otras contra Perú , la Comisión Interamericana de Derechos humanos consideró, respecto de las pensiones excesivamente altas en comparación con la situación de los demás pensionados, que:

(i) los Estados pueden reducir legítimamente los efectos patrimoniales de estas pensiones y especialmente su monto; (ii) mantener la estabilidad financiera del Estado y asegurar que el régimen de seguridad social se encuentre basado en el principio de equidad, constituye un interés social y un fin legítimo del Estado en una sociedad democrática, y por tanto, en aras de hacer efectivos estos intereses los Estados tienen la obligación de tomar las medidas pertinentes;

(iii) la limitación impuesta al derecho a la pensión puede ser proporcional si se configura como un mecanismo idóneo para asegurar la estabilidad financiera del Estado y eliminar la inequidad en el sistema de seguridad social;

(iv) la restricción en el ejercicio de un derecho no es sinónimo de regresividad, pues la obligación de no regresividad implica un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho con relación a las implicaciones colectivas de la medida, y, (v) la creación de topes máximos a las pensiones no es en sí misma una medida regresiva, salvo que dicho tope sea manifiestamente incompatible con el contenido esencial del derecho.

3.5.2. El sistema de pensiones en Colombia como desarrollo de la seguridad social Con el fin de resaltar a grandes rasgos la evolución del sistema de pensiones y la importancia que éste adquirió para hacer efectivo el derecho a la seguridad social, cabe recordar cómo lo que a principios del siglo XX era considerado una gracia del Estado llegó a ser, después de la Constitución de 1991, un derecho constitucional.

3.5.2.1. En 1915, la Corte Suprema de Justicia calificó a la principal de las prestaciones (la pensión de jubilación) como " gracia o recompensa gratuita ". En el año de 1937, el Consejo de Estado empezó a dar un nuevo enfoque otorgándole la denominación de derecho. De igual manera en 1961, la Corte Suprema de Justicia señaló que las pensiones son garantías personales de los beneficiarios y créditos contra la entidad que la concede [79] y, tanto el antiguo Tribunal Supremo del Trabajo como luego la Sala de Casación Laboral de la Corte, empiezan a reconocer la existencia de un derecho a la pensión.

3.5.2.2. La implementación del sistema pensional en Colombia se remonta al año 1946, cuando se creó la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) y se establecen otras cajas a nivel local, que cubrían únicamente a los empleados del sector público. De esta manera se fundaron 1040 cajas de previsión, tanto nacionales como territoriales, que se financiaban principalmente con aportes del Estado colombiano y de los trabajadores públicos.

En cuanto al sector privado, la Ley 6 de 1945 instituyó en Colombia el primer Estatuto Orgánico del Trabajo. Allí se señaló que una de las prestaciones que se encontraban a cargo del empleador era la pensión de jubilación, para las empresas cuyo capital excediera un millón de pesos.

La norma dispuso que éstas se encontraban obligadas “ A pagar al trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, una pensión vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados, sin bajar de treinta pesos ($ 30) ni exceder de doscientos pesos ($ 200), en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales, o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión.” No obstante, dicha obligación tenía un carácter transitorio que se extendería sólo hasta la creación de un Seguro Social, quien asumiría los riesgos de vejez, invalidez y muerte; la enfermedad general, la maternidad y los riesgos profesionales de todos los

trabajadores. Posteriormente, la Ley 90 de 1946, instauró dicho seguro obligatorio para todas las personas, nacionales o extranjeras, que contaran con un contrato de trabajo o aprendizaje y para su administración creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales [80] , y en su artículo 72 estableció que su implementación sería gradual y progresiva. De igual manera, creó la obligación en cabeza de las empresas de realizar la provisión correspondiente de la pensión de cada trabajador para que ésta fuera entregada al Instituto de Seguros Sociales cuando se asumiera por parte de éste su pago. La norma disponía:

“Las prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso.

Desde esa fecha empezarán a hacerse efectivos los servicios aquí establecidos, y dejarán de aplicarse aquellas disposiciones anteriores” (artículo 72).

Los recursos para el pago de la pensión se estructuraron a través de un sistema tripartito de contribución forzosa por parte de los asegurados, los patronos y del Estado para el sostenimiento de las prestaciones correspondientes al seguro social obligatorio (artículo 16 de la Ley 90 de 1946) [81] .

En 1967 las pensiones de los empleados privados se reglamentaron y se volvieron obligatorias, delegando su administración al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales (ICSS). El sistema de financiación del fondo común para el pago de las pensiones de jubilación fue modificado mediante los Decretos 433 de 1971 y 1935 de 1973, por medio de los cuales se exoneró al Estado de los aportes para la financiación de los seguros pensionales, radicando las cotizaciones en cabeza del trabajador y el patrono. El modelo estaba sustentado en la existencia de un fondo común del que se pagaban las pensiones.

3.5.2.3. A pesar de los beneficios de la formalización de un sistema de seguridad social en pensiones, después de 20 años de funcionamiento empezaron a verse las dificultades del mismo, tal y como estaba concebido. Los estudios han señalado que fueron varias las causas de la necesidad de un replanteamiento. Así, “ si bien la implementación del RPM trajo beneficios a una parte de la población y creó las bases para el desarrollo del sistema pensional, después de veinte años de funcionamiento el esquema comenzó a mostrar señales de insostenibilidad financiera, baja cobertura e inequidad, originadas principalmente en cinco factores: (i) la tasa de cotización no se incrementó gradualmente como se había previsto desde el principio; (ii) el Estado incumplió su parte de la cotización; (iii) los excesivos beneficios, relativos a los aportes; (iv) la existencia de una amplia gama de regímenes especiales y de cajas administradoras; y (v) el cambio demográfico, que implicó menores aportes (cada vez menos jóvenes) y mayores gastos (la gente vivía más años). Todos estos elementos propinaron una estocada certera a la sanidad financiera del sistema, fenómeno que se hizo evidente cuando la gente empezó a llegar a la edad de pensión. El sub-sistema encargado de administrar las pensiones de los trabajadores privados se constituía con aportes de los empleadores, empleados y del gobierno (es decir, de impuestos generales). Las contribuciones iniciales debían representar 6% del salario (1.5% pagado por el afiliado, 3% por el empleador y 1.5% por el Estado/contribuyente) y, según cálculos actuariales hechos en ese momento, deberían aumentar 3 puntos cada 5 años hasta alcanzar 22% en 1993 (Gráfico 1).

A raíz del incumplimiento de los pagos que correspondían al Estado, las contribuciones se establecieron inicialmente en 4.5% y sólo se incrementaron a 6.5% en 1985 (2/3 a cargo del empleador, 1/3 a cargo del empleado). La creciente diferencia entre la tasa efectiva y la programada llevó a que se marcara, desde un inicio, la insostenibilidad del régimen administrado por el ISS y a que, con el tiempo, el pasivo pensional (que, además, no se conocía) se hiciera cada vez mayor. Adicionalmente, el aporte de los trabajadores públicos era muy bajo. Aunque variaba entre diferentes cajas, el Estado financiaba la mayor parte de la contribución.” [82] 3.5.2.4.

Es decir, antes del proceso Constitucional de 1991 resultaba necesaria la reforma del régimen pensional en Colombia, situación que era aún más apremiante, al establecerse el derecho fundamental a la seguridad social y la obligación en cabeza del Estado de asegurar un sistema de pensiones que se rigiera bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

3.5.2.5. La Constitución de 1991, en su artículo 48, consagra la seguridad social como un derecho fundamental y como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad;

una de las obligaciones que se desprenden de dicho precepto es el establecimiento de un sistema de seguridad social en pensiones. A través de la garantía de este derecho se materializan importantes obligaciones del Estado Social de Derecho, entre las que se destacan la protección de los adultos mayores y de aquellas personas que por su condición física, no se encuentran en una situación favorable de ingresar al mercado laboral.

3.5.2.6. La Ley 100 de 1993 buscó desarrollar estos mandatos, pero sin abandonar el régimen de prima media. En la exposición de motivos del proyecto de la Ley 100 de 1993, el Gobierno señaló que la reforma resultaba necesaria en aras de fortalecer financieramente el sistema. Allí se dijo que los objetivos prioritarios eran (i) lograr el equilibrio fiscal;

(ii) aumentar la cobertura, especialmente para los más vulnerables y mejorar la equidad; (iii) fortalecer el sistema financiero de ahorro; y (iv) mejorar la eficiencia en el manejo de los recursos. De igual manera, dentro de los considerandos se llamó la atención sobre que el Estado en su calidad de garante permitió que se fundaran establecimientos que prestaran el servicio de seguridad social en pensiones sin ningún tipo de restricción o un esquema regulatorio definido. En síntesis, la Ley 100 buscó “ ampliar la cobertura, adecuar la edad de retiro a las nuevas condiciones demográficas y de esperanza de vida del país, equilibrar la relación entre contribuciones y beneficios, reducir costos de administración y mejorar los rendimientos de los aportes para garantizar la sostenibilidad futura del sistema ” [83] .

3.5.2.7. La Ley 100 de 1993 creó el sistema general de pensiones, cuyo objeto es garantizar a la población el amparo frente a los riesgos de vejez, invalidez o muerte, mediante el reconocimiento de una pensión y prestaciones determinadas según la legislación. Bajo este amparo, se creó un régimen mixto, compuesto por el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

El Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida corresponde al sistema público de beneficio definido que se caracteriza por: (i) los aportes de los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública, (ii) el afiliado no asume los riesgos financieros, (iii) el valor de la pensión de vejez no depende del ahorro sino del tiempo acumulado y el salario base de cotización, y (iv) el tiempo cotizado no se afecta por ningún tipo de descuento en el caso en que el asegurado cesara de su empleo. Este régimen es administrado por un organismo estatal, responsabilidad que en la versión original de la Ley 100 de 1993 se le entregó al Instituto de Seguros Sociales. De igual manera, se consagran en la Ley 100 una serie de requisitos en términos de edad, ingreso base de cotización (IBC), y semanas cotizadas que, una vez se cumplen, permiten obtener unos beneficios fijos en función de estos factores.

Bajo el régimen de ahorro individual con solidaridad , los afiliados tienen derecho a una pensión de vejez, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita financiar una pensión mensual. Los fondos son gestionados por las Administradoras de Fondos de Pensiones que son entidades privadas. Este régimen se caracteriza por lo siguiente:

(i) los aportes de los afiliados constituyen una cuenta de ahorro individual pensional, (ii) el afiliado asume el riesgo financiero de las inversiones que realice el fondo privado, (iii) el monto de la pensión de vejez depende del capital ahorrado, (iv) en el caso de cesación de aportes durante periodos de tiempo puede cobrarse una comisión por cesantía, y

(vi) no es necesario cumplir con requisitos específicos de edad, sino que el acceso a la pensión depende del ahorro, aunque sí se establece un mínimo de semanas de cotización.

De igual manera, la Ley 100 de 1993 creó el Fondo de Solidaridad Pensional, cuenta especial del Estado, adscrita al Ministerio del Trabajo, cuyo objeto es la concesión de subsidios económicos para las personas en estado de indigencia o de pobreza extrema.

Otra de las características de la Ley 100 de 1993 fue la adopción de la garantía de una pensión mínima tanto en el régimen de ahorro individual como el de prima media. La reforma también estableció que los miembros de las fuerzas armadas y la Policía, el Magisterio y los empleados de ECOPETROL estarían por fuera del sistema general de pensiones. De igual manera, se estableció un régimen de transición para las mujeres mayores de 35, los hombres mayores de 40 o las personas que llevaran al menos 15 años cotizando, quienes seguirían cubiertas por el régimen anterior en algunos aspectos. Ese régimen finalizaría en 2014, es decir, se previó un régimen de transición de 21 años de duración.

Cabe señalar que en los dos regímenes se presenta una cofinanciación estatal. No obstante, existen importantes diferencias en cuanto a la destinación de los subsidios estatales. Así, mientras en el régimen de ahorro individual los subsidios se dirigen a la población más necesitada que no alcanza a obtener con sus ahorros una pensión de salario mínimo, en el régimen de prima media, los recursos públicos se dirigen a asegurar que el valor de todas las pensiones corresponda al que resulte de aplicar las reglas de liquidación respectivas. Por tanto, este último esquema puede generar el efecto contrario a los fines distributivos del Estado Social de Derecho, cuando la mayor parte de los recursos públicos se dirigen a financiar, no las pensiones de los más pobres, sino las mesadas más altas del sistema. En la exposición de motivos de la Ley 100 de 1993, el Gobierno mostró esta situación y dijo “ En el régimen de prima media se subsidia por el Estado entre el 42% y el 72% de cada pensión actualmente reconocida.” 3.5.2.8.

No obstante, la implementación de la Ley 100 de 1993 no alivió todos los problemas del sistema de seguridad social en pensiones, por el contrario, los problemas de financiación y de baja cobertura continuaban a principios del año 2003. Por esta razón, se expidió la Ley 797 de 2003 cuyo objeto era fortalecer financieramente al sistema, razón por la cual se amplió el número de personas obligadas a cotizar, ya no sólo trabajadores dependientes sino también independientes.

En la exposición de motivos, el Gobierno Nacional fundamentó la iniciativa en los graves problemas financieros que continuaban aún luego de expedida la Ley 100 de 1993. Sobre el particular, en la ponencia para el primer debate se señaló que:

“8 de cada 10 colombianos en edad de pensionarse no están cubiertos por el sistema. Solo el 23% de los colombianos adultos en edad están amparados para disfrutar de una pensión. En el régimen de prima media se subsidia por el Estado entre el 42% y el 72% de cada pensión actualmente reconocida. En el año de 1999 el Estado dedicó el 2.04% del PIB, cerca de 4 billones de pesos, a dicho subsidio. De continuar dicha tendencia para el año 2019 Colombia deberá destinar el 5.5% del PIB para el pago de subsidio a la pensión.

Las pensiones de los altos funcionarios del Estado-Presidentes de la República, Congresistas, Magistrados de las altas cortes, miembros de la fuerza pública, trabajadores de Ecopetrol y docentes públicos, equivalen al 30% del déficit pensional.

El déficit general del sistema pensional, que es el valor presente de las obligaciones futuras por concepto de pensiones, que carece de financiación, equivale al 192.4% del PIB, año 2000. La tasa promedio de cotización en el mundo fluctúa entre el 18% y el 20% del ingreso base y en Colombia es del 13.5%, generando un desbalance entre los aportes y los egresos generales del sistema.

Para pagar las obligaciones pensionales ya causadas y las que deberán causarse en los próximos 18 años el país deberá generar un flujo de caja del 33% del déficit fiscal de la Nación. En Colombia estamos salidos de los niveles internacionales en cuanto al período de cotización: En nuestro país para acceder a una pensión del 65% del IBC es de 20 años, en Bolivia de 33 años, en Chile de 35 años, en El Salvador de 49 años y en México de 34 años. Mientras en Colombia la tasa de reemplazo o pensión es del 65% del IBC en promedio en los demás países latinoamericanos es del 44% Bajo el sistema actual el ISS está abocado a la iliquidez en el corto plazo: En los años 2000 y 2001 debió cancelar una suma de 700.000 millones de pesos por encima de los ingresos provenientes de recaudos y rendimientos financieros y de seguir esta tendencia para el año 2005 no habrá recursos para cumplir con el pago de las obligaciones pensionales" (Gaceta del Congreso 533 de 2002).

Adicionalmente, se limitó la posibilidad de traslado entre regímenes y se estableció que los afiliados deberían permanecer 5 años en un sistema antes de poder trasladarse al otro. El traslado podría realizarse el número de veces deseado hasta 10 años antes de la edad de jubilación. Además se creó el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (FGPM), exclusivo del régimen de ahorro individual con solidaridad.

De igual manera, la Ley 797 de 2003 incrementó las semanas de cotización a partir del 1 de enero del año 2005 y estableció: "Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015." Posteriormente, se expidió la Ley 860 de 2003 con el fin de aprobar algunas reformas que habían sido propuestas en la Ley 797 de 2003, pero que fueron declaradas inexequibles por vicios de trámite en la Corte Constitucional, especialmente en relación con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez.

Esta evolución histórica muestra que las reformas al sistema de seguridad social han perseguido la universalización del derecho a la pensión, mediante el aumento en la cobertura y la finalización de regímenes especiales para someter a toda la población a unos requisitos generales en aras de lograr la equidad dentro del mismo sistema, como manifestación del Estado Social de Derecho.

3.5.3. El régimen de transición creado bajo el amparo de la Ley 100 de 1993 La Ley 100 de 1993 derogó los regímenes pensionales que existían previamente a su expedición y creó un régimen unificado de seguridad social. No obstante, en aras de proteger las expectativas de quienes se encontraban próximos a cumplir con los requisitos establecidos para acceder a la pensión de jubilación consagrados en el régimen anterior, el legislador estableció un régimen de transición. En cuanto a los Congresistas, el Decreto 1293 de 1994 ordenó la incorporación de todos los funcionarios del Congreso, incluidos los Senadores y Representantes al Sistema General de Pensiones, dejando a salvo sólo los cobijados por el régimen de transición.

En este orden de ideas, la Corporación ha definido el régimen de transición como "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." [84] 3.5.3.1.

La Ley 100 de 1993 consagró, en su artículo 36, las condiciones para acceder a la transición pensional en los siguientes términos: “ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.

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

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

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

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

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

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

PARÁGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1o) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio.” Se tiene entonces que según esta disposición el régimen de transición permite que la edad para consolidar el derecho a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para el efecto y el monto de la misma, sean las establecidas en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas que al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1° de abril de 1994), tuvieran la edad de treinta y cinco (35) años en el caso de las mujeres; o cuarenta años (40) o más en el caso de los hombres; o que, indistintamente, tuvieren quince (15) o más años de servicios.

3.5.3.2. Desde la expedición misma de la Ley 100 de 1993, esta Corporación empezó a dilucidar la naturaleza jurídica de este régimen de transición. Es así que desde la Sentencia C-168 de 1995 [85] , distinguió entre las expectativas legítimas y los derechos adquiridos.

En relación con los segundos -los derechos adquiridos-, señala la providencia, el Constituyente de 1991, en forma clara y expresa, se refirió a ellos al estatuir en el artículo 58 "

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

Continuó señalando que los derechos adquiridos se contraponen a lo que la doctrina denomina mera expectativa. La Sentencia C-168 de 1995 sostuvo que los derechos adquiridos son situaciones creadas y consolidadas bajo el amparo de la ley y, por tanto, no pueden ser desconocidos por la norma posterior. Por el contrario, cuando aún no se han consolidado las situaciones previstas en la norma, existen sólo esperanzas y por tanto, el legislador puede modificarlas. Sobre el particular, la providencia adujo:

“Para Louis Josserand "Decir que la ley debe respetar los derechos adquiridos, es decir que no debe traicionar la confianza que colocamos en ella y que las situaciones creadas, los actos realizados bajo su protección continuarán intactos, ocurra lo que ocurra; fuera de esto, no hay sino simples esperanzas más o menos fundadas y que el legislador puede destruir a su voluntad.... Las simples esperanzas no constituyen derechos, ni eventuales siquiera; corresponden a situaciones de hecho más que a situaciones jurídicas: son intereses que no están jurídicamente protegidos y que se asemejan mucho a los 'castillos en el aire': tales como las 'esperanzas' que funda un heredero presunto en el patrimonio de un pariente, cuya sucesión espera ha de corresponderle algún día. En general, las simples expectativas no autorizan a quienes son presa de ellas a realizar actos conservatorios; no son transmisibles; y como ya lo hemos visto, pueden ser destruidas por un cambio de legislación sin que la ley que las disipe pueda ser tachada de retroactividad" (Derecho Civil. Tomo I. Vol. I págs. 77 y ss.).

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

En relación con el régimen de transición, la Sentencia C-168 de 1995 consideró que el Legislador fue más allá de la protección de los derechos adquiridos, para salvaguardar las expectativas de quienes están próximos por edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas a adquirir el derecho a la pensión de vejez. Ello en opinión de la Corporación se constituyó en una plausible política social que, en lugar de violar la Constitución, se adecua al artículo 25 que ordena dar especial protección al trabajo.

Luego, la Sentencia C-596 de 1997 [86] reiteró esta posición y señaló que “ 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 .” En iguales términos, la Sentencia C-147 de 1997 [87] precisó que para que se consolide un derecho es necesario que antes de que opere el tránsito legislativo se reúnan todas las condiciones necesarias para adquirirlo. En tal oportunidad sostuvo que “ configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona.” Aclarando posteriormente que “la Constitución prohíbe el

desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales .” Posteriormente, en la providencia C-789 de 2002 [88] “la Corte conoció de una demanda presentada por un ciudadano contra los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por considerar que tales incisos eran contrarios a los artículos 13, 43 y 58 de la Constitución, al restringir el acceso al régimen de transición de quienes se acogieran al sistema de ahorro individual con solidaridad y de quienes decidieran cambiarse al de prima media con prestación definida, teniendo menos de 15 años de servicios o semanas cotizadas. Para el actor, el acceso al régimen de transición implicaba un derecho adquirido a pensionarse cuando se reunieran los requisitos de ley, y no una mera expectativa, según lo dispuesto en el artículo 58 de la Carta .” En esta oportunidad, la Corporación nuevamente distinguió entre derechos adquiridos y expectativas legítimas, sosteniendo que frente a estas últimas el legislador disponía de un amplio margen de configuración en aras de fijar las condiciones necesarias para acceder al régimen de transición. No obstante ello, en razón del valor constitucional del trabajo (C.N. preámbulo y art. 1º), y la protección especial que la Carta le otorga a los trabajadores ”, la Carta Política sí imponía un límite a la potestad del legislador para configurar el régimen de seguridad social. En efecto, “ se dijo que aunque el legislador no estaba obligado a mantener en el tiempo las expectativas legítimas, cualquier tránsito legislativo debía consultar parámetros de justicia y equidad, y como toda actividad del Estado, el transito legislativo estaba sujeto a los principios de razonabilidad y proporcionalidad ”.

[89] Por ende, “ se consideró que conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no podía 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 ”.

[90] De ser así, “ se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo como valor fundamental del Estado (preámbulo y artículo 1º de la Carta), y como derecho-deber (artículo 25 Superior)”.

[91] En razón de lo anterior, la Corporación concluyó que resultaba contrario al principio de proporcionalidad y violatorio del reconocimiento constitucional al trabajo, que quienes hubiesen cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la Ley 100 de 1993 -1º abril de 1994- [92] , terminaran perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión con fundamento en los incisos acusados, por lo que se condicionó la exequibilidad de los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a que se entendiera que tales incisos no se aplicaban a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados para el momento de entrada en vigor del sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del mismo estatuto.

3.5.3.3. Hasta el año 2003, la jurisprudencia desarrolló la naturaleza del régimen de transición a través de la diferenciación entre derechos adquiridos y expectativas legítimas.

Posteriormente, la Sentencia C-754 de 2004 [93] fue la que delimitó su alcance. En esta providencia se estudió la constitucionalidad del artículo 4º de la Ley 860 de 2003, “por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones”, que modificó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Este artículo buscó la modificación del régimen de transición tal y como había sido concebido en la Ley 100 de 1993, y disponía que a partir del 1º de enero del 2008, a las personas que cumplieran las condiciones establecidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se les debía reconocer la pensión con el requisito de edad del régimen anterior al cual se encontraban afiliados. Las demás condiciones y requisitos de pensión aplicables a estas personas –continuó el precepto- serían los consagrados en el Sistema General de Pensiones, es decir, ya no se les aplicaría ni el tiempo de servicios ni el monto de la pensión consagrada en el régimen anterior.

Los accionantes señalaban que esta modificación menoscababa las expectativas legítimas de los trabajadores cobijados por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cuyo desconocimiento, aunque no se tratara de derechos adquiridos, vulneraba el artículo 53 de la Carta, en los términos de la Sentencia C-789 de 2002. De igual manera, se dijo que el artículo 4 incurría en una vulneración del principio de la aplicación de la norma más favorable y ponía en desventaja a las personas que cumplían con las condiciones de la pensión con posterioridad al 1 de enero de 2008 frente a las que sí cumplían con esas mismas condiciones, al 31 de diciembre de 2007.

El Tribunal, con base en la Sentencia C-789 de 2002, señaló que aunque el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 protegía las expectativas legítimas de las personas próximas a pensión, su consagración generó un derecho a continuar en el régimen de transición para quienes ya ingresaron a él, por lo que los cambios normativos posteriores que afecten ese derecho resultan inconstitucionales. Con todo, explicó que ello no implicaba la imposibilidad del legislador de hacer modificaciones al sistema pensional, pero ellas siempre deberían respetar los principios de proporcionalidad y razonabilidad en la toma de decisiones del legislador. Dijo al respecto la sentencia:

“No sobra señalar que las consideraciones anteriores no pueden interpretarse en el sentido que el Legislador no pueda establecer regímenes de transición, ni que se desvirtúe su competencia para modificar las condiciones en las cuales se puede obtener el derecho a la pensión. El Legislador debe respetar en todo caso, los principios de favorabilidad y proporcionalidad a que se hizo detallado análisis en la sentencia C-789 de 2002” (Subrayado fuera del texto).

Es decir, a partir de la Sentencia C-789 de 2002 , esta Corporación ha amparado el derecho a ser beneficiario del régimen de transición. No obstante, ha aceptado que ello no implica que el legislador pueda hacer reformas al sistema de pensiones siempre y cuando actúe bajo los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

De igual manera, debe tenerse en consideración que en materia pensional, el régimen legal establece las condiciones y los requisitos necesarios para obtener la pensión. Quienes se encuentran en los supuestos de regulación de la norma, pero todavía no han cumplido con esas condiciones y esos requisitos, tienen una expectativa.

Debe tenerse en cuenta que la Ley 100 de 1993, al regular el régimen de transición, no estableció un derecho autónomo. Por el contrario, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, (i) la estabilidad del régimen pensional, si bien no da lugar a un derecho adquirido, sí es una expectativa legítima sujeta a especial protección, (ii) esa especial protección se deriva no sólo de la confianza legítima a la estabilidad de las reglas pensionales, sino también del carácter progresivo de los derechos sociales, por consiguiente, (iii) el Legislador solo puede reformar ese régimen, cuando la modificación se encuentre suficientemente justificada y respete criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

3.5.4. Los regímenes exceptuados en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 797 de 2003 Es importante distinguir entre la existencia de un régimen de transición que garantizó a aquellos que al momento de entrar en vigencia el Sistema tuvieran treinta y cinco (35) o más años de edad si eran mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si fuesen hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, continuar rigiéndose por las disposiciones del régimen anterior al cual se encontraban afiliados, y aquellos regímenes exceptuados propiamente dichos.

El artículo 15 de la Ley 100 de 1993 señaló que en forma obligatoria debían vincularse al régimen general de pensiones “ Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, salvo las excepciones previstas en esta Ley”.

En este orden de ideas, el artículo 279 estableció unas excepciones al Sistema General de Seguridad Social, que se constituyen en los denominados regímenes pensionales exceptuados. La norma disponía:

“ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990,

con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

Se exceptúan también, los trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente Ley, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato.

Igualmente, el presente régimen de Seguridad Social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente Ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos-Ecopetrol, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de Seguridad Social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol.

PARÁGRAFO 1o. La empresa y los servidores de que trata el inciso anterior, quedan obligados a efectuar los aportes de solidaridad previstos en esta ley.

Las entidades empleadoras referidas en el presente artículo, quedan facultadas para recibir y expedir los bonos correspondientes a los períodos de vinculación o cotización a que hubiere lugar, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto se expida.

PARÁGRAFO 2o. La pensión gracia para los educadores de que trata las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, continuará a cargo de la Caja Nacional de Previsión y del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, cuando éste sustituya a la Caja en el pago de sus obligaciones pensionales.

PARÁGRAFO 3o. Las pensiones de que tratan las leyes 126 de 1985 adicionada por la Ley 71 de 1988, continuarán vigentes en los términos y condiciones en ellas contemplados.

PARÁGRAFO 4o. <Adicionado por el artículo 1. de la Ley 238 de 1995, el nuevo texto es el siguiente:> Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados.” Es decir, el artículo 273 original de la Ley 100 de 1993 exceptuaba del régimen general (i) al Magisterio, (ii) a los servidores y pensionados de Ecopetrol, (iii) a las Fuerzas Militares, a la Policía Nacional y al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vinculara a partir de la vigencia de la ley.

La Ley 797 de 2003 subrogó al artículo 15 de la Ley 100 de 1993 y suprimió la frase del artículo 15 que disponía “ salvo las excepciones previstas en esta ley ”.

No obstante, en el artículo 16 se estableció que el régimen pensional de los miembros del Magisterio sería regulado por la ley. En lo referente a las Fuerzas Militares y la Policía, se otorgó facultades extraordinarias al Ejecutivo para regularlo (artículo 17). En cuanto a los funcionarios de Ecopetrol, se ordenó la afiliación obligatoria al sistema general sólo para aquellos trabajadores que ingresaran a tal empresa a partir de la entrada en vigencia de la mencionada ley.

El Acto Legislativo 1 de 2005 buscó homogeneizar los requisitos y beneficios pensionales y estableció un desmonte gradual de los regímenes exceptuados.

3.5.5. El Acto Legislativo 01 de 2005. Reestructuración del sistema de pensiones en Colombia Para el año 2005, fecha de promulgación del Acto Legislativo 1 de 2005, Colombia tenía el cuarto pasivo pensional más alto del mundo con un 170 % del Producto Interno Bruto (PIB) [94] con un nivel de cobertura muy bajo que correspondía al 23% de las personas mayores de 60 años [95] . Del mismo modo, la reforma legislativa se justificaba ya que las cifras macroeconómicas indicaban que en Colombia el número de afiliados era de 11.5 millones de personas, de los cuales solamente eran cotizantes activos 5,2 millones, frente a una población económicamente activa de 20,5 millones de personas. Estas cifras daban lugar a que el número de pensionados en Colombia alcanzara solo a un millón de personas, frente a cuatro millones de personas en edad de jubilación [96] .

En la exposición de motivos del proyecto [97] se explicaron con suficiencia las razones que justificaban la necesidad imperiosa de llevar a cabo una reforma constitucional que sentara unas nuevas reglas en materia del régimen de pensiones. En razón a su importancia se hará referencia a las razones desarrolladas en la exposición de motivos.

3.5.5.1. Una de las preocupaciones principales que motivaron la reforma fue la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones; la introducción de este criterio buscó entonces asegurar " realmente el derecho efectivo a una pensión de los colombianos, conciliando este concepto con la necesidad del Estado de direccionar recursos para cumplir sus funciones y deberes frente a la salud, educación y otros gastos sociales." [98] En la exposición de motivos se explicó que con la Ley 100 se buscó aplicar los principios constitucionales y solucionar problemas financieros en materia pensional, resultado de algunas decisiones como bajas cotizaciones, dispersión de regímenes pensionales y beneficios exagerados; sin embargo, estos problemas no pudieron ser del todo solucionados y la situación se agravó por razones demográficas, como la disminución de la natalidad, fecundidad y mortalidad, lo cual condujo al aumento de la esperanza de vida; ésta pasó de 61 años en la década de los 70, a 70 años en la década de los 90 y posiblemente aumentará a 74 años en el 2015. Además, antes de la Ley 100 se calculaba la duración de un pago de pensión por 15 años en promedio, término que se tenía en cuenta para fijar el valor de las cotizaciones; ahora esta expectativa está en 26 años, incluyendo el disfrute por parte de beneficiarios, lo cual crea una gran desproporción entre las cotizaciones que recibe el sistema y los beneficios que debe sufragar.

En el caso del ISS, además de los factores demográficos, según la exposición de motivos: " Las medidas tomadas con la ley 100 no fueron suficientes para solucionar los problemas y a éstos se sumó la fase de recesión de la economía colombiana de la segunda mitad de los 90 y comienzos del presente siglo, el desempleo e informalidad no han permitido que los afilados aporten cumplidamente y el nivel de inactivos en el sistema se ha ido elevando. Aunado a esto, dicha ley, no incluyó todos los sectores, excluyó las fuerzas militares, el Magisterio y Ecopetrol, tampoco afectó las convenciones o pactos colectivos celebrados y tampoco impidió que se siguieran celebrando.

De esta manera, el Sistema General de Pensiones, junto con el régimen de transición y los regímenes exceptuados, presentaban dificultades financieras reflejadas en elevados déficits operacionales, lo que evidenciaba la necesidad de utilizar reservas del ISS y del Presupuesto General de la Nación.

Así las cosas, después de la Ley 100 se produjo "una situación insostenible en la medida en que serían los actuales y futuros contribuyentes los que debían financiar la deuda causada por las pensiones corrientes y, además, su gasto social y sus propias futuras pensiones. El déficit operacional por pasivos pensionales de los últimos 12 años, ascendía antes de la Ley 797 de 2003 al 30.5% del PIB, es decir que equivalía el 60% de la deuda pública total, lo cual era insostenible macroeconómica y fiscalmente. La carga sobre la generación actual y las futuras no era consistente con los ingresos de las mismas. El valor de la proyección del déficit pensional de acuerdo con cifras del DNP ascendía antes de la expedición de la Ley 797 al 207% del PIB del 2000, en un horizonte de 50 años, por lo cual el Gobierno se propuso reformar el sistema pensional y el Congreso aprobó las Leyes 797 y 860 de 2003 con lo que se logró disminuir el déficit pensional a 170.2% en el mismo horizonte, lo cual es bueno pero no satisfactorio (sic)".

En la exposición de motivos se resaltó que después de la Ley 100 de 1993, el número de afiliados sí ha aumentado, ya que se establecieron prestaciones económicas para aquellos que hubiesen cotizado alguna vez al sistema, como la devolución de saldos y la indemnización sustitutiva. Sin embargo, sigue afectando la baja fidelidad al sistema, factor que se ha tratado de contrarrestar mediante medidas legales y administrativas impartidas a partir de 1993, como la obligatoriedad de afiliación de contratistas y trabajadores independientes en 2003 y la creación y ejecución del Registro Único de Aportantes en 1998.

Por todo lo anterior, resultaba necesario hacer una reforma que garantizara la equidad en materia pensional con cobertura para todos los colombianos y limitar las posibilidades de modificar convencionalmente las reglas pensionales. No obstante, en el caso de la Fuerza Pública se justifica mantener un régimen especial por los riesgos a los que están sometidos.

3.5.5.2. El principal objetivo de la reforma de 2005 fue homogeneizar los requisitos y beneficios pensionales en aras de lograr una mayor equidad y sostenibilidad en el sistema. Esta finalidad se buscó de la siguiente manera: la eliminación de los regímenes especiales; la anticipación de la finalización del régimen de transición reglamentado en la Ley 100 de 1993 -acortó su finalización del 2014 al 2010, salvo en la hipótesis de personas que tenían cotizadas al menos 750 semanas a la entrada en vigencia de la reforma-; eliminación de la mesada 14; y el establecimiento de la regla para las personas que no estuvieran cobijadas por el régimen de transición, de que las semanas cotizadas necesarias para pensionarse irían en un incremento constante, estableciéndose 1.200 semanas para el 2011, 1.225 para el 2012, 1.250 para el 2013, 1.275 en 2014 y de 2015 en adelante, 1.300 semanas o lo equivalente a 26 años.

La reforma también establece reglas unificadas para el Sistema General de Pensiones. En relación con su funcionamiento, consagró los siguientes presupuestos:

(i) las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este Acto Legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas;

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

(iii) los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido; y (iv) a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones.

En relación con la liquidación de las pensiones, el Acto Legislativo dispuso que sólo se tendrán en cuenta para determinar la base de liquidación, los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. El artículo 48 también señala, de forma tajante en el parágrafo 10, que a partir del 31 de julio de 2010 no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública.

3.5.5.3. En lo que tiene que ver con la vigencia de los regímenes especiales y exceptuados, la reforma constitucional señaló que a partir de la vigencia del Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública y al Presidente de la República. De igual manera, consagró las siguientes reglas para hacer efectivo este tránsito normativo:

(i) sin perjuicio de los derechos adquiridos, la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010, (ii) las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010 y (iii) el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en transición, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá las normas anteriores hasta el año 2014. Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que lo desarrollen.

3.5.5.4. Especial mención debe hacerse en relación con la garantía de los derechos adquiridos contenida en el Acto Legislativo 01 de 2005. En el texto de la reforma constitucional se observa con claridad el celo del constituyente por salvaguardar los derechos adquiridos, esto es, aquellos que han entrado en el patrimonio de las personas y que no les pueden ser arrebatados o quebrantados por quien los creó o reconoció legítimamente. Ello también con fundamento en el artículo 58 Constitucional que garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos. Así, la reforma dispone en forma expresa que:

“ El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho”. “En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos".

3.5.5.5. Finalmente, es importante resaltar que la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones fue una preocupación transversal a la reforma. Ella motivó la unificación de las reglas y la eliminación de beneficios desproporcionados. El establecimiento expreso de que el Estado debe garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional y de que las leyes futuras deben guiarse por este criterio, además buscó prevenir la práctica de creación de beneficios pensionales desproporcionados con cargo a los aportes de las generaciones venideras.

Ese criterio –del que ya se venía hablando desde antes de la reforma constitucional-, en conjunto con principios constitucionales de la seguridad social como la universalidad y la solidaridad, ha entendido la Corte, justifica importantes medidas tales como la obligatoriedad de la afiliación al Sistema General de Pensiones [99] , la limitación temporal del régimen de transición y la posibilidad de variar algunas de las reglas aplicables a sus beneficiarios [100] , y el establecimiento de requisitos estrictos para el retorno al régimen de prima media en el caso de personas próximas a reunir los requisitos para pensionarse [101] .

Además, esta Corporación ha resaltado recientemente que en virtud de este criterio y de los principios que rigen la seguridad social, es necesario no permitir la continuidad de interpretaciones del régimen de transición que den lugar a ventajas pensionales desproporcionadas. En este sentido, en la Sentencia T-353 de 2012 [102] , la Sala Séptima de Revisión de esta Corte manifestó:

“Tal disposición lleva a replantear la forma como se han aplicado algunos regímenes, especialmente los que aún se encuentran vigentes en virtud del régimen de transición, y a cuestionar los factores que en reiteradas ocasiones se han tenido en cuenta para liquidar pensiones cuyos montos exceden el límite establecido por el constituyente. De modo que

lo más sano, conveniente y razonable en aras de garantizar el principio sostenibilidad fiscal es la realización de una labor de revisión pensional, tanto de las pensiones que superan los 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes concedidas antes del 31 de julio de 2010, como aquellas que se concedieron con posterioridad, para que a futuro el monto de dichas pensiones no supere el límite que el Constituyente determinó -es decir, 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes-." 3.6.

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Como se expuso en precedencia, dentro de las finalidades más importantes del Estado Social de Derecho se encuentran garantizar los principios, deberes y derechos constitucionales y asegurar un orden político, económico y social justo mediante la distribución y la redistribución.

En este contexto, la Constitución brinda especial protección a los derechos adquiridos. Por ejemplo, el artículo 58 Superior dispone que " se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles , los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores" , mientras el artículo 48, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, indica que el Estado "respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley " en el contexto de la seguridad social en pensiones. Es decir, tanto el artículo 58 como el Acto Legislativo 01 de 2005 protegen los derechos adquiridos, pero siempre y cuando hayan sido adquiridos, con justo título, sin fraude a la ley ni abuso del derecho.

3.6.1. Origen del concepto 3.6.1.1. La categoría de derechos adquiridos surge en el contexto de la protección del derecho de propiedad y ligada a las discusiones sobre la vigencia en el tiempo de las leyes [103] , por ello la mayoría de las definiciones que se encuentran en la doctrina clásica se relacionan con la idea de patrimonio y la prohibición de retroactividad de la ley. Por ejemplo, Merlín de Doual resalta que los derechos adquiridos son aquellos que ingresan al patrimonio de una persona por haberse cumplido con los requisitos previstos por la normativa para el efecto, sin que sea necesaria una declaración de una autoridad [104] . Los derechos adquiridos así entendidos son exigibles y no pueden ser afectados por leyes posteriores.

Blondeau, por su parte, intenta definir los derechos adquiridos a partir del tipo de protección que deben recibir las "esperanzas" fundadas en una normativa dentro de un ordenamiento; los derechos adquiridos son esperanzas que no deben ser vulneradas, las expectativas legítimas las que pueden serlo en razón de motivos de mayor importancia. Este autor establece ciertos parámetros para diferenciar los niveles de protección de las esperanzas:

"1. Entre más lejana e incierta sea la realización del hecho del que depende el derecho, más débil es la esperanza; 2. La efectividad del derecho se afianza con su posibilidad de transmitirlo; 3. Es más importante el derecho que ya se está efectivamente ejercitando; 4. La esperanza que se funda en la intención del legislador es más considerable que la que, aun estando fundada en ley, no se corresponda con dicha intención. El estudio realizado por este autor se refiere a esperanzas violables e inviolables, lo que implica que no todas las expectativas pueden ser desconocidas, ni todos los derechos efectivos pueden ser protegidos " [105] .

Otros doctrinantes proponen definiciones más amplias que permiten extender la idea de derechos adquiridos a situaciones que no son solamente de índole patrimonial; sin embargo, estas conceptualizaciones continúan centrando su atención en la imposibilidad de ser afectadas por regulaciones posteriores. Por ejemplo, Bonnecase considera que la noción clásica del derecho adquirido debe sustituirse por la de "situación jurídica concreta", y a su turno, la noción de expectativa debe ser reemplazada por la de "situación jurídica abstracta". Según este autor, " por la noción de situación jurídica abstracta entendemos la manera de ser eventual o teórica de cada uno, respecto de una ley determinada" , y la situación jurídica concreta "es la manera de ser de una persona determinada, derivada de un acto jurídico o de un hecho jurídico que ha hecho actuar en su provecho o en su contra, las reglas de una institución jurídica, y el cual al mismo

tiempo le ha conferido efectivamente las ventajas y las obligaciones inherentes al funcionamiento de esa institución” ; esta última “constituyen el campo sobre el cual no puede tener efecto la nueva ley” [106] .

Esta tesis tradicional también ha sido utilizada por nuestras corporaciones judiciales. Por ejemplo, el Consejo de Estado aludió a esta doctrina de la siguiente manera en 1983:

“Para Beudant (‘Cours de droit civil français’. Introd., núm. 126), el problema fundamental se plantea así: ‘¿Para regular las consecuencias de un hecho o un acto habrá que aplicar la ley que está en vigor el día en que se producen esas consecuencias o habrá que aplicar la ley bajo el imperio de la cual se efectuó el hecho del cual las consecuencias se derivan? ‘Cuestión importante entre todas. Ella se resuelve por una distinción sacada de la relación más o menos directa que existe entre el hecho y las consecuencias que de él se desprenden.

‘Es evidente que la ley nueva no puede perjudicar los derechos adquiridos en virtud de la antigua. Por consiguiente, las consecuencias de un hecho ejecutado bajo una ley quedan sometidas a esta ley aun cuando ellas no se realicen sino bajo el imperio de la ley nueva, cuando ellas se relacionan a su causa como un resultado necesario y directo, porque ellas constituyen un derecho adquirido desde la aparición de la causa a la cual se relacionan’.” [107] 3.6.1.2.

Doctrinantes más contemporáneos formulan nuevas propuestas para el entendimiento de los derechos adquiridos a partir de cuestionamientos sobre las nociones clásicas. Por ejemplo, el doctrinante Paul Roubier, en vez de la noción patrimonialista de derechos adquiridos, prefiere la noción de situación jurídica en curso y el principio del efecto inmediato de las leyes sobre las situaciones jurídicas en curso. Así, este autor distingue entre la creación de una situación jurídica y sus efectos. Según esta distinción, una nueva ley se puede aplicar inmediatamente a situaciones jurídicas en curso y también es aplicable a los efectos futuros de ésta, nacida anteriormente a su entrada en vigor. En este sentido, Roubier considera que una ley es retroactiva solo cuando pretenda regir situaciones jurídicas que han sido creadas y han producido la integralidad de sus efectos antes de su entrada en vigor. En este orden de ideas, la nueva ley no puede cuestionar las condiciones de la creación de una situación jurídica en curso, ni sus efectos pasados. En cambio, la nueva ley, bajo ciertas condiciones, es aplicable a los efectos futuros de una situación jurídica nacida antes de su entrada en vigor [108] .

En esta misma línea encontramos a Yannakopoulus, quien aduce que la visión clásica de los derechos adquiridos parte de “ un análisis [el de la posición atemporal] exclusivamente fundado sobre el concepto de acto administrativo unilateral creador de derechos que como todo análisis que se apoye sobre la sola consideración del acto jurídico y del momento en su entrada en vigor, reduce la aproximación al concepto de derechos adquiridos a meras consideraciones formales y por consiguiente atemporales” [109] .

De igual manera Zuleta Ángel, refiriéndose a Pierre Teste, afirma: "La ley nueva debe aplicarse inmediatamente, pero no debe ser retroactiva. La aplicación inmediata implica cierta influencia, que hemos calificado de normal y regular, sobre los hechos jurídicos anteriores. La retroactividad, por el contrario, consiste en una influencia exorbitante sobre esos mismos hechos. Los autores clásicos no siempre reconocieron esa doble verdad; muchas veces llamaron efecto retroactivo lo que solamente era una aplicación inmediata de la ley, lo que explica el gran número de excepciones que tuvieron que formular respecto de la regla del artículo 2.

Recordado este principio, debemos decir que la ley nueva debe respetar la validez inicial, la eficacia fundamental de un derecho adquirido antes, pero que los efectos de ese derecho caen bajo la influencia normal y regular de esa misma ley. La eficacia de un derecho, es decir, su validez, es un derecho adquirido, pero no los efectos, es decir las facultades jurídicas que la ley le asigna. Lo que ha provocado la confusión en la cual incurren los autores clásicos es el hecho de que ellos designan con el mismo vocablo dos cosas diferentes: la eficacia o la validez de un derecho y sus efectos.

Hablan indiferentemente, en una y otra hipótesis, de los efectos de un hecho jurídico preexistente y no aciertan a determinar cuáles son los efectos que tienen el carácter de derechos adquiridos y cuáles carecen de él.

Es pues, en gran parte, por una cuestión de terminología por lo que nos separamos de los autores clásicos. Cuando éstos, para fijar la aplicación de una ley nueva, se preguntan con perplejidad si están en presencia de efectos que tienen o no el carácter de derechos adquiridos, nosotros, por nuestra parte, decimos: se trata de una ley que tiene por objeto el modo de adquisición de un derecho y por lo tanto su eficacia, o se trata de una ley que, por el contrario, transforma los efectos o las consecuencias jurídicas de los derechos adquiridos. En el primer caso la ley no puede tener ninguna influencia normal sobre los hechos anteriores; en el segundo caso ella ejerce una influencia normal aún sobre los hechos pasados.

Proponemos pues el doble principio siguiente: el modo de adquisición de un derecho se rige únicamente tanto en lo que concierne a sus condiciones de forma como en lo que respecta a sus condiciones de fondo por la ley en vigor en el momento de la adquisición del derecho; la ley que viniera a modificar ese modo de adquisición no podría regir los derechos ya adquiridos sin ser retroactiva, sin asignarse una influencia exorbitante sobre los hechos jurídicos anteriores.

La ley relativa a los efectos de un derecho gobierna los derechos adquiridos en el sentido que ella rige los efectos futuros de ese derecho, y al hacerlo no tiene un efecto retroactivo; su influencia sobre los hechos antiguos es normal y regular.

Cuando hablamos de la adquisición de un derecho, la palabra derecho puede prestarse a equívocos: se trata de una calidad, de un estatuto, de una situación constituida a la cual le están asignadas facultades sancionadas por la ley. La calidad, una vez adquirida, subsiste, mientras que las facultades que de ella dependen, varían con los cambios legislativos.

Así, la calidad, de esposo subsistirá, a pesar de las nulidades creadas por una ley posterior, en tanto que la potestad marital, efecto de esa calidad, podrá ser disminuida o acrecentada por las leyes futuras” (negrilla fuera del texto).

[110] Estos autores proponen una acepción dinámica de derechos adquiridos según la cual debe diferenciarse el surgimiento del derecho de sus efectos; el derecho surge del agotamiento de las hipótesis previstas en la normativa, es decir, responden a situaciones agotadas, mientras los efectos se proyectan hacia el futuro y pueden ser variados en virtud nuevas normas [111] .

Esta idea no resulta absolutamente ajena a nuestro ordenamiento, por cuanto algunas disposiciones legales han permitido que, bajo ciertas circunstancias, los efectos de un derecho, que se causan de manera escalonada, puedan ser afectados por leyes posteriores; lo que la doctrina denomina efectos retrospectivos. A manera de ejemplo, varios artículos de la Ley 153 de 1887 disponen:

“ARTÍCULO 20. El estado civil de las personas adquirido conforme a la ley vigente en la fecha de su constitución, subsistirá aunque aquella ley fuere abolida; pero los derechos y obligaciones anexos al mismo estado, las consiguientes relaciones recíprocas de autoridad o dependencia entre los cónyuges, entre padres e hijos, entre guardadores y pupilos, y los derechos de usufructo y administración de bienes ajenos, se regirán por la ley nueva, sin perjuicio de que los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de la ley anterior tengan cumplido efecto”.

“ARTÍCULO 26. El que bajo el imperio de una ley tenga la administración de bienes ajenos, o el que ejerza válidamente el cargo de guardador, conservará el título que adquirió antes, aunque una nueva exija, para su adquisición, nuevas condiciones; pero el ejercicio de funciones, remuneración que corresponde al guardador, incapacidades y excusas supervinientes, se regirán por la ley nueva”.

“ARTÍCULO 28. Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a su ejercicio y cargas, y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley”.

“ARTÍCULO 30. Los derechos deferidos bajo una condición que, atendidas las disposiciones de una ley posterior, debe reputarse fallida si no se realiza dentro de cierto plazo, subsistirán bajo el imperio de la ley nueva y por el tiempo que señalare la precedente, a menos que este tiempo, en la parte de su extensión que corriere después de la expedición de la ley nueva, exceda del plazo íntegro que ésta señala, pues en tal caso, si dentro del plazo así contado no se cumpliere la condición, se mirará como fallida”.

En esta misma línea argumentativa, el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que “[l] as normas sobre trabajo, por ser de orden público, producen efecto general inmediato, por lo cual se aplican también a los contratos de trabajo que estén vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empiecen a regir, pero no tienen efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores” .

La constitucionalidad de esta disposición fue demandada ante la Corte, quien en la Sentencia C-177 de 2005, no le encontró ningún vicio de constitucionalidad y adujo que se estaba ante el fenómeno de la retrospectividad de la ley cuando:

“(…) es claro que el primer inciso del artículo 16 prohíbe la aplicación retroactiva de las nuevas normas laborales, al expresar que ‘[l]as normas sobre trabajo (...) no tienen efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a las leyes anteriores. Con ello cual (sic) se protegen los derechos que ya han pasado a formar parte del patrimonio de las personas, es decir lo (sic) derechos adquiridos. De otra parte, el artículo permite la retrospectividad de la ley laboral cuando dispone que ‘[l]as normas sobre trabajo, por ser de orden público producen efecto general inmediato, por lo cual se aplican también a los contratos de trabajo que estén vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empiecen a regir...’.

Esta autorización se ajusta a lo señalado por la jurisprudencia acerca de que las nuevas leyes laborales pueden afectar las expectativas legítimas de los trabajadores, incluso cuando consagran condiciones más desfavorables para el trabajador ” (subrayas añadidas).

Así pues, a la luz de esta doctrina, la distinción entre los derechos y sus efectos permite la aplicación de leyes nuevas a los efectos sucesivos de un derecho, sin que ello traiga aparejado que dichas leyes surtan efectos retroactivos [112] .

Se concluye que estas tesis dinámicas sugieren que los derechos adquiridos pueden tener dos componentes: un núcleo intangible representado en el derecho mismo, y unos elementos dinámicos que pueden variar con el tiempo y que se relacionan principalmente con las condiciones en las que el derecho puede ser ejercido o con las prestaciones periódicas que surgen del mismo.

3.6.2. Los derechos adquiridos en el Estado Social de Derecho 3.6.2.1. Más allá de estas discusiones doctrinarias, las definiciones antes analizadas de derechos adquiridos buscan brindar protección a ciertas situaciones consolidadas frente al poder estatal, en otras palabras, obran como un límite del poder. Las definiciones clásicas se explican en el contexto del surgimiento del estado liberal clásico cuyas principales finalidades se orientaban a resguardar a los asociados de la arbitrariedad del antiguo régimen, especialmente restricciones al derecho a la propiedad. En el Estado Social de Derecho, la nueva forma de entender el aparato estatal y sus fines conlleva una reformulación de las ideas tradicionales de los derechos adquiridos; los derechos ya no pueden ser absolutos y deben ceder ante principios de mayor valía desde el punto de vista constitucional.

En efecto, uno de los compromisos del Estado Social de Derecho es la protección de los derechos consagrados en la Carta Política y de la posibilidad real de goce de tales prerrogativas. Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido que:

“ (…) el objetivo al cual se hace alusión con la cláusula Estado Social de Derecho consiste en ofrecer un acceso material al conjunto de derechos reconocidos en los textos constitucionales, pues por motivo de la profunda escisión entre

economía y derecho –la cual había sido concebida como la fórmula ideal para la realización de las libertades de las personas, se hizo evidente la necesidad de enmendar las rupturas del tejido social que habían surgido como consecuencia de la liberalización total del mercado que, a su vez, había apartado a buena parte de la población de la oportunidad de ejercer sus libertades fundamentales. El Estado Social de Derecho emerge, entonces, como el resultado de una acentuada reformulación de los instrumentos para la consecución de la libertad y, hasta cierto punto, de una nueva reflexión acerca del concepto mismo de libertad que pretende ser amparada en las democracias constitucionales ” [113] (negrilla fuera del texto).

No obstante, aunque con este modelo de Estado desaparecieron como límites a los derechos, la moral cristiana, la tranquilidad pública o el orden público u otros conceptos indeterminados, ello no significa que se haya establecido que los derechos allí reconocidos sean absolutos o ilimitados.

Por ejemplo, el artículo 58 Superior dispone que la propiedad privada tiene una función social y ecológica, implica obligaciones y debe ceder ante el interés público o social, al punto que es posible que el Estado lleve a cabo expropiaciones por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el Legislador. A su turno, el artículo 59 de la Carta indica que la propiedad privada debe también ceder frente al interés público en caso de guerra, para atender los requerimientos propios del enfrentamiento, lo cual incluye la posibilidad de que la propiedad inmueble sea ocupada temporalmente según las necesidades del conflicto. El artículo 332, por otra parte, señala que la libre iniciativa privada –como derecho- debe ejercerse dentro de los límites del bien común, y habilita al Legislador para que delimite el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

La Constitución también protege los derechos adquiridos de la retroactividad normativa, es decir, las situaciones ya formadas y no las condiciones de ejercicio del derecho, lo cual significa que quien esté disfrutando de un derecho cuyos efectos se consolidan de manera escalonada o en un tracto sucesivo -como por ejemplo la pensión, el salario, las prestaciones sociales, una deuda diferida en plazos, los cánones de arrendamiento, etc.-, tiene su derecho amparado por la Constitución, pero los efectos que aún no se han consolidado son modificables en virtud de finalidades constitucionales y con sujeción a los límites que la propia Carta impone [114] . De allí que, según esta tesis, las pautas para ejercer el derecho adquirido pueden cambiar, siempre y cuando la existencia del derecho permanezca indemne. Por ejemplo, en virtud de este nuevo entendimiento el monto de las próximas mesadas pensionales puede variar siempre que no se supriman, puesto que si se suprimen, ello implicaría que el derecho a la pensión ha sido revocado en desconocimiento de la protección de los derechos adquiridos [115] .

En este orden de ideas, en materia de derechos fundamentales, es ta Corporación ha afirmado sostenidamente que no tienen el carácter de absolutos y que pueden ser limitados en su ejercicio por disposiciones de carácter legal.

Así, en Sentencia C-355 de 1994 [116] , esta Corporación afirmó que “(…) s i bien para la jurisprudencia y la doctrina constitucional no existen derechos absolutos, lo cual implica que el legislador puede reglamentar el ejercicio de los derechos por razones de interés general o para proteger otros derechos o libertades de igual o superior entidad constitucional, esas regulaciones no pueden llegar hasta el punto de hacer desaparecer el derecho”.

En un pronunciamiento posterior, Sentencia C-578 de 1995 [117] , la Corte sostuvo que “ [l]os derechos fundamentales, no obstante su consagración constitucional y su importancia, no son absolutos y, por tanto, necesariamente deben armonizarse entre sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta, pues, de lo contrario, ausente esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles”.

Mediante Sentencia C-226 de 1997 [118] , el Tribunal también explicó: “Ni los derechos fundamentales ni la autonomía de las organizaciones sociales, son absolutas.

Tampoco su reconocimiento inhibe la actuación del Estado. En el Estado social de derecho, sus fines comprometen tanto a los actores públicos como a los privados. Las fronteras de lo público y lo privado, en muchos ámbitos, acusa notables influencias recíprocas y, consiguientemente, así como el Estado interviene de manera intensa en la esfera privada, los particulares hacen lo propio en la pública. En uno y otro caso, desde luego, la tendencia descrita se sujeta al respeto a los derechos fundamentales y a la correlativa autonomía que ellos configuran en cabeza de los sujetos." 3.6.2.2.

Si bien no existe una norma que de manera específica consagre los límites a los derechos [119] , la jurisprudencia constitucional ha fijado una serie de criterios que habilitan al Legislador para limitarlos, entre los que se encuentran los siguientes:

3.6.2.2.1. La Corte ha indicado que la limitación debe operar en virtud del carácter prevalente de los principios y valores que la Constitución Política consagra.

Al respecto, esta Corporación, mediante Sentencia C-606 de 1992 [120] , al analizar la constitucionalidad de algunos preceptos normativos contenidos en la Ley 70 de 1979, que reglamenta la profesión de topógrafo, expuso acerca de la necesidad de armonizar la teoría de los derechos adquiridos frente al contenido axiológico de la Carta, que:

"(…) lo que prima ahora no es el interés patrimonial del individuo, -que por supuesto merece también particular atención-, sino otros valores, principios y derechos que, como la solidaridad, el interés general y la dignidad humana, podrían llegar a verse afectados por una defensa a ultranza de los derechos patrimoniales.

En cualquier caso, las conclusiones contrarias que puedan aparecer de la aplicación de uno u otro principio, deben seguir el criterio que exige la nueva Carta constitucional, en virtud del cual, el conflicto dialéctico que se pueda presentar entre dos bienes o derechos constitucionalmente protegidos, debe resolverse respetando el contenido esencial de cada uno de ellos. Pero cuando ello no fuere posible, se debe dar primacía a aquel bien o derecho protegido, que mejor encarne los valores y principios que conforman el Estado social y democrático de derecho".

Igualmente, en la Sentencia T-778 de 1998 [121] , la Corte Constitucional, al estudiar el caso de un vendedor ambulante, se pronunció respecto del conflicto que se suscita entre el interés general que implica la recuperación del espacio público, frente a la invocación del derecho fundamental al trabajo por parte de los ciudadanos que lo utilizan para realizar actividades comerciales con el fin de garantizar su subsistencia. En esta oportunidad, la Corte determinó que si bien las autoridades se encuentran instituidas para velar por la vida, honra y bienes de los ciudadanos, ellos también tienen deberes para con la comunidad, como son los de sujetarse a los mandamientos constitucionales y legales, que en el caso en estudio, son los que regulan la ocupación del espacio público. Por lo tanto, la recuperación del espacio público no puede ser obstaculizada por intereses particulares, dado que el interés general prevalece sobre el interés particular.

En este mismo sentido, esta Corporación, en Sentencia C-663 de 2000 [122] , explicó: "El carácter no absoluto del derecho de huelga se explica por la repercusión que su ejercicio puede causar, hasta el punto de que llegue a afectar los derechos y libertades fundamentales de las personas que no son actoras del conflicto. De esta manera, no es posible concebir la huelga como una simple afirmación de la libertad sindical ni como una relación privada entre trabajadores y empleadores, porque normalmente sus objetivos, la magnitud del conflicto, y las condiciones y características de su ejecución, rebasan los aludidos ámbitos, de manera tal que se pueden ver vulnerados o amenazados los derechos e intereses de la comunidad y del propio Estado, como ocurre cuando se afecta el funcionamiento de los servicios públicos esenciales".

3.6.2.2.2. Esta Corporación también ha precisado que la limitación de los derechos puede ser consecuencia de la correlatividad de los derechos frente a los deberes establecidos en el artículo 95 de la Constitución [123] .

Sobre este aspecto, la Sentencia C-393 de 1996 [124] señaló que las leyes posteriores pueden llegar a afectar situaciones consolidadas en el derecho público o derechos adquiridos en el marco del derecho privado. En particular, en lo que refiere a disposiciones de carácter tributario, la Corte indicó:

“(…) es preciso anotar que la noción de derecho adquirido, no tiene la misma connotación en derecho público que en derecho privado, debido a que en el primero prevalece el interés general, público o social, sobre cualquier interés de carácter particular, lo cual adquiere mayor relevancia cuando se trata de normas de carácter tributario. En efecto, en este campo no existe el amparo de derechos adquiridos pues la dinámica propia del Estado obliga al legislador a modificar la normatividad en aras de lograr el bienestar de la colectividad en general; en consecuencia, nadie puede pretender que un determinado régimen tributario lo rija por siempre y para siempre, esto es, que se convierta en inmodificable.” [125] Bajo esta misma perspectiva, en la Sentencia T-1047 de 2008 [126] , se expuso:

“Con todo, la libertad de cultos tiene límites en su ejercicio, como ocurre con la generalidad de derechos fundamentales, teniendo en cuenta que no existen derechos absolutos. En este sentido, son límites al ejercicio de ese derecho, los derechos de los demás - ya que es un deber constitucional ´respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios´ (Art. 95-1 C.P.)-, y el imperio del orden jurídico y público, que obliga a no infringir la Constitución y las leyes y ´propender al logro y mantenimiento de la paz´ (Art. 95-6 C.P.).” [127] 3.6.2.2.3.

De otro lado, se ha sostenido que el límite debe tener sustento en la salvaguarda del interés público y/o social. Al respecto, puede señalarse que por regla general, estos conceptos suelen aplicarse como un límite frente al derecho de propiedad. Por ejemplo, en Sentencia C-491 de 2002 [128] , la Corte señaló que:

“El artículo 58 de la Carta Política de Colombia dispone que el ordenamiento jurídico nacional preservará la propiedad privada y los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles. Esta protección, común a todo régimen constitucional que reconozca la primacía de los derechos individuales, no es absoluta. La limitación del ejercicio del derecho de propiedad atiende al reconocimiento de que, según el artículo 95 de la Carta Política, el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución implica responsabilidades, toda vez que las decisiones humanas no repercuten exclusivamente en la órbita personal del individuo sino que afectan, de manera directa o indirecta, el espectro jurídico de los demás. La explotación de la propiedad privada no admite concesiones absolutas. Por el contrario, exige la adopción de medidas que tiendan a su integración en la sociedad como elemento crucial del desarrollo.” Este criterio fue igualmente reiterado en la Sentencia C-133 de 2009 [129] , en la que se expuso lo siguiente:

“Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, puede presentarse la expropiación la cual debe efectuarse a través de sentencia judicial e indemnización previa, y solamente en los casos que establezca el legislador la expropiación puede adelantarse por vía administrativa, aunque está sujeta a una posterior acción contenciosa administrativa. La privación de la titularidad del derecho de propiedad privada contra la voluntad de su titular, requiere del cumplimiento de los siguientes requisitos: i) Que existan motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador; ii) Que exista decisión judicial o administrativa, esta última sujeta a posterior acción contencioso administrativa incluso respecto del precio. La adopción de dicha decisión presupone que se adelante el procedimiento establecido en la ley, con garantía del derecho fundamental al debido proceso del titular del derecho de propiedad; iii) Que se pague una indemnización previamente al traspaso del derecho de propiedad a la Administración, la cual debe ser justa”.

3.6.2.3. Por último, esta Corte ha resaltado que los criterios de limitación de los derechos deben enmarcarse en todo caso dentro del respeto (i) del núcleo esencial del contenido del derecho, y (ii) del principio de proporcionalidad.

3.6.2.3.1. En relación con la primera de las exigencias que debe operar frente a dicha restricción, la doctrina ha señalado que el núcleo esencial de los derechos constituye “ una garantía constitucional contra su vulneración ” [130] .

. Por su parte, la jurisprudencia ha entendido que “ el núcleo esencial de un derecho fundamental puede definirse como el ámbito intangible del derecho cuyo respeto se impone a las autoridades y a los particulares ” [131] Con respecto a los métodos de los que dispone el juzgador para determinar el núcleo esencial de un derecho, esta Corporación ha desarrollado dos visiones, la primera desde una perspectiva de los derechos subjetivos, y la segunda desde los intereses protegidos. En efecto, la Sentencia T-426 de 1992 , sostuvo que “ (…) desde la perspectiva de los derechos subjetivos, el contenido esencial de un derecho fundamental consiste en aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales dejaría de adscribirse a ese tipo, desnaturalizándose”.

De otra parte, visto por la jurisprudencia “ (…) el núcleo esencial del derecho fundamental es aquella parte de su contenido que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”.

De este modo, aunque dentro del marco del Estado Social de Derecho, nuestra Carta permite la limitación del ejercicio de los derechos, la misma no puede desconocer ese contenido esencial, que, restringido, haría impracticable tal garantía.

A manera de ejemplo, puede citarse la Sentencia C-756 de 2008 [132] , la cual esta Corte reiteró que si bien es cierto que el legislador al regular el derecho al ejercicio de la profesión goza de una amplia configuración normativa y está sometido a mayor margen de intervención del Estado “ no puede imponer requisitos irrazonables o desproporcionados que modifiquen su esencia o constituyan verdaderas barreras para su desempeño, ni puede exigir títulos de idoneidad que no sean absolutamente necesarios para proteger a la sociedad” .

En esa medida, estableció que el núcleo esencial de este derecho “ supone, entre otros aspectos, la existencia y goce de la facultad que el Estado otorga o reconoce a una persona para desempeñarse en el campo técnico en el que su titular acreditó conocimientos y aptitudes. De igual manera, hace parte del mínimo de protección del derecho la posibilidad de desarrollar, aplicar y aprovechar los conocimientos profesionales adquiridos, en condiciones de igualdad, dignidad y libertad. Se afecta el contenido mínimo de este derecho fundamental cuando el legislador exige requisitos que vulneren el principio de igualdad [o] restrinjan más allá de lo estrictamente necesario el acceso a un puesto de trabajo o impongan condiciones exageradas para la adquisición del título de idoneidad.” En esa línea de protección del núcleo esencial de los derechos, en la Sentencia C-263 de 2011 [133] se estudió la constitucionalidad del parágrafo 2º del artículo 13 de la Ley 1101 de 2006 “ por la cual se modifica la Ley 300 de 1996- Ley General de Turismo y se dictan otras disposiciones ” y el literal g) del artículo 71 de la Ley 300 de 1996 “ por la cual se expide la Ley General de Turismo y se dictan otras disposiciones ”. En esta providencia la Corporación indicó que las libertades económicas no son absolutas y que el Estado tiene la obligación de intervenir en la economía para remediar las fallas del mercado y promover desarrollo con equidad, precisando que, aunque estas libertades pueden ser limitadas, el legislador no goza de absoluta discrecionalidad y por tanto debe respetar el núcleo esencial de la libertad involucrada.

Sobre el particular, sostuvo que la definición del “núcleo esencial” de las libertades económicas no es una tarea sencilla y, específicamente en materia de libertad de empresa , entre otros contenidos, mencionó los siguientes:

“ (i) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición [134] ; (ii) el derecho a concurrir al mercado o retirarse;

(iii) la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión [135] ;

(iv) el derecho a la libre iniciativa privada; (v) el derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; y (vi) el derecho a recibir un beneficio económico razonable ”.

3.6.2.3.2. Con respecto a la evaluación de la proporcionalidad de la limitación de un derecho, es importante apelar a los criterios que ha fijado esta Corporación para realizar el juicio de proporcionalidad [136] , el cual implica el análisis de las siguientes dimensiones [137] :

(i) La finalidad de la medida restrictiva bajo examen y la idoneidad de los medios elegidos para alcanzarla. Con el objeto que una medida restrictiva de derechos fundamentales supere esta etapa de análisis, es preciso (i) que persiga una finalidad legítima a la luz de la Constitución y (ii) que los medios elegidos por el Legislador u otras autoridades cuyas actuaciones estén sometidas a control permitan, desde el punto de vista empírico, alcanzar efectivamente el fin perseguido.

(ii) La necesidad de dicha limitación, para lo cual debe determinarse si la misma finalidad podía lograrse por medio de mecanismos menos restrictivos de derechos fundamentales y otros principios constitucionales.

(iii) La proporcionalidad . En esta etapa se deben comparar los costos y beneficios en términos constitucionales de la medida sometida a control; ésta se ajustará a la Carta solamente cuando no implique un sacrificio mayor al beneficio que puede lograr.

3.7. LOS DERECHOS PENSIONALES ADQUIRIDOS PROTEGIDOS POR EL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005 El Acto Legislativo 01 de 2005 se refiere de la siguiente manera a la protección de los derechos adquiridos en materia de pensiones:

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

(…) En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos. La ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en las convenciones y laudos arbitrales válidamente celebrados".

A partir de estos apartes, la Sala concluye que el Acto Legislativo 01 de 2005,- que, como fue explicado introdujo varias modificaciones a los principios y reglas aplicables a la seguridad social en pensiones-, dispuso la protección de los derechos adquiridos pensionales y los definió como aquellos no obtenidos con fraude a la ley o abuso del derecho , por ello ordenó la creación de un mecanismo de revisión de las pensiones reconocidas bajo esas circunstancias. En consecuencia, para poder caracterizar los derechos adquiridos protegidos por el Acto legislativo, es importante entender el significado de los términos fraude a la ley y abuso del derecho. A continuación la Sala se ocupará de esa labor:

3.7.1. El fraude a la ley 3.7.1.1. Una de las primeras definiciones del fraude a la ley, se encuentra en el Digesto de Justiniano [138] , el cual establece que “[o]bra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe;

en fraude de ella el que, respetando las palabras de la ley, elude su sentido ” (negrillas fuera del texto). Ascarelli afirma respecto a la restricción que impone la ley que “al dictar una orden o una prohibición, quiere que produzca sus efectos aun en contra de combinaciones que tratan de eludirla y aun cuando éstas adopten formas legales;

aquél no puede tolerar que la norma sea burlada por maniobras ingeniosas que adopten formas o vestiduras de esta naturaleza ” [139] (negrillas fuera del texto).

Por otra parte, p ara Emilio Betti el acto jurídico encaminado a defraudar la ley ocurre cuando “ pese a salvar las apariencias y respetar la letra de la ley, logra violar su precepto en espíritu ” [140] (negrilla fuera del texto).

Ricardo Balestra, a su turno, define el fraude a la ley como "[l]a realización de actos que aisladamente serían válidos, pero que se hallan presididos en su comisión por una intención, dolosa del agente con la finalidad de alcanzar un resultado prohibido por el derecho y más específicamente por la norma de derechos internacional privado"

[141] . Otros autores señalan que el fraude a ley se constituye por “actos reales queridos y realizados efectivamente y combinados de tal manera que aun siendo lícitos en sí, aisladamente considerados, permiten, como resultado de la combinación , burlar la ley y hacerla producir efectos contrarios a su espíritu y a su fin ” [142] (negrilla fuera del texto). En este orden de ideas, se configura el fraude a la ley cuando los interesados buscan librarse de obligaciones impuestas por la ley, “ realizando actos ajustados aparentemente a la misma, pero que suponen una contravención o un falseamiento de su espíritu ” [143] (negrilla fuera del texto).

Finalmente, a modo de ilustración, la Sala observa que en el Código Civil Español se consagra expresamente la figura del fraude a la ley en el numeral 4º del artículo 6 en los siguientes términos: “ Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir .” 3.7.1.2.

Es común que se confunda el fraude a la ley con la figura de la simulación. Sobre este punto, la doctrina ha sido clara en señalar sus diferencias, en el siguiente sentido:

“a) El acto jurídico simulado produce sólo una apariencia de contrato; el acto concluido en fraude a la ley es real y verdadero; b) El acto simulado cuando es ilícito, viola directamente la ley; el fraudulento, sólo en forma indirecta; este último en sus formas externas respeta la ley, pero viola en el fondo su espíritu.

c) La simulación puede ser lícita o ilícita; el fraude a la ley es siempre ilícito” [144] . 3.7.1.3. En el caso colombiano, en Sentencia del 13 de febrero de 1992, la Sección Tercera del Consejo de Estado expresó que el hecho de intentar, mediante la alteración calculada de un comportamiento, el nacimiento de un derecho a través de una norma que no es la correctamente aplicable, constituye fraude a la ley [145] .

Por otra parte, la Corte Constitucional aplicó el concepto de fraude a la ley en la Sentencia SU-1122 de 2001 [146] . Al respecto, la Corte manifestó:

“En estas circunstancias, se puede hablar de un fraude a la ley (o fraude al derecho), por cuanto se aprovecha las opciones hermenéuticas que se desprenden de una regla, para fines o resultados no queridos (en tanto que incompatibles) por el ordenamiento jurídico .

No se trata de un acto ilegal o ilícito en la medida en que no existe regla que prohíba el resultado hermenéutico . La calificación de fraude, entonces, tiene por objeto permitir que se corrija este fenómeno, a pesar de no ser típico. En este orden de ideas, el juez y la administración tienen el deber de evitar que se interpreten los textos legales de manera que se cometa fraude a los principios del sistema.

21. En el presente caso, si bien no existe norma expresa que prohíba la acumulación de los apoyos obtenidos en cada etapa, lo que implicaría que se trataría de una interpretación razonable, de adoptarse dicha solución hermenéutica se estaría forzando, como quedó explicado antes, la anulación de los principios que soportan la distinción entre las dos etapas, pues se desvanece, entre otros efectos, la frontera entre las decisiones libres adoptadas frente a fenómenos distintos. En efecto, si la primera etapa no tiene límite en el tiempo y la segunda si, [sic] una interpretación que permita sumar los apoyos de ambos, podría implicar una burla a la segunda etapa, pues fácilmente [sic] el porcentaje del 5%, que debe obtenerse en un lapso preciso, se lograría sin limitación alguna en la primera fase.” 3.7.1.4.

Según las anteriores referencias, a juicio de la Sala quien actúa en fraude a la ley, ejecuta actos que guardan fidelidad al texto de la norma o que se desprenden de una interpretación en apariencia razonable de ella, pero que en realidad eluden

el sentido de las disposiciones y conducen a resultados que desbordan la naturaleza y finalidades de la respectiva institución jurídica.

Tales actos pueden o no tener lugar por la voluntad del agente. Por ello el fraude a la ley no debe confundirse con el fraude susceptible de sanción penal o de otra naturaleza. En su dimensión objetiva, el fraude a la ley únicamente requiere que exista un aprovechamiento de las opciones hermenéuticas que se desprenden de una regla, para hacerla producir resultados incompatibles con el ordenamiento jurídico apreciado en su conjunto.

3.7.2. El abuso del derecho 3.7.2.1. Esta figura tiene su origen principalmente en las relaciones de derecho privado, y es por esa razón que sus primeras definiciones se encuentran formuladas por doctrinantes de esta área del Derecho [147] .

Por ejemplo, Louis Josserand afirma lo siguiente: "cada derecho tiene su espíritu, su objeto y su finalidad; quien quiera que pretenda desviarlo de su misión social comete una culpa, delictual o cuasidelictual, un abuso del derecho susceptible de comprometer con este motivo su responsabilidad "

[148] . Por su parte, Marcel Planiol señala que “el ejercicio abusivo de los derechos , es una “logomaquia”; porque no atiende al fondo del asunto y porque cuando se ejercita un derecho, el acto es lícito, y cuando el acto es ilícito es porque se excede un derecho y porque precisamente se obra sin derecho, no hay entonces que dejarse confundir por las palabras, "el derecho cesa cuando el abuso comienza", y no puede haber ejercicio abusivo de ningún derecho, por la razón irrefutable de que un solo y mismo acto no puede ser a la vez conforme al derecho y contrario a este” .

[149] Arturo Valencia Zea se adhiere a la concepción funcional del derecho para, desde este punto de vista, justificar la teoría del abuso así:

"Los derechos subjetivos de los particulares, tanto en su existencia como en su ejercicio, obedecen a una orientación determinada y de esos derechos se abusa cuando existiendo el deber de ejercerlos no se ejercen, o se ejercen en sentido opuesto a su propio destino o contenido "

[150] (negrilla fuera del texto). En estas teorías también se discute cuál es el efecto de actuar al margen de la finalidad y sentido del ejercicio legítimo de un derecho; al respecto, los hermanos Mazeud y Andre Tunc advierten que "el abuso de un derecho es una culpa cometida en el ejercicio de ese derecho. Esa culpa puede consistir en una intención de perjudicar, en cuyo caso hay culpa delictual. También puede resultar igualmente de una simple imprudencia o negligencia, caso en el cual existe culpa cuasidelictual. La necesidad de aplicarle al abuso del derecho los principios generales de la responsabilidad surge también si se observa que su ejercicio de la libertad por el hombre está subordinado a las reglas de la responsabilidad y que es imposible, en realidad, oponer ejercicio de un derecho y de una libertad” .

[151] 3.7.2.2. Descendiendo al ordenamiento colombiano, la figura del abuso del derecho se encuentra reconocida en el artículo 95 de la Constitución Política, el cual en su numeral primero dispone que son deberes del ciudadano “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios ” . Así mismo, en el Código Civil se hace referencia al abuso del derecho cuando se consagra el ejercicio legítimo del derecho a la propiedad (artículo 669) y en las disposiciones atinentes al tema de la responsabilidad (artículos 2341, 2343, 2356, entre otros). El Código de Comercio en su artículo 830 señala también que “El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause” .

Además es necesario acudir a la jurisprudencia de las Altas Cortes para comprender el alcance de la figura dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia, en su jurisprudencia, ha aplicado el concepto de abuso del derecho en diversos casos relativos, por ejemplo, a relaciones de vecindad, embargos en exceso de los bienes del deudor [152] , formulación temeraria de denuncias penales [153] , insistencia en el secuestro de bienes que no pertenecen al ejecutado [154] , abuso de la posición dominante en una relación jurídica [155] y abuso del derecho a litigar [156] , entre otros.

Dicha Corporación también ha explicado que en relación con el "[a]buso del derecho, la legislación contemporánea se divide en tres categorías: (i) absolutistas, (ii) liberales y (iii) finalistas. La categoría liberal, es la que permite estructurar la teoría del ejercicio anormal de los derechos y la legislación colombiana está condicionada a esta categoría; por lo tanto, es erróneo afirmar, que el acto abusivo es simplemente una extralimitación del derecho que coloca a aquel bajo las apariencias de este, porque no puede comprometer su responsabilidad quien usa de su derecho" [157] .

Por otra parte, al interpretar el artículo 830 del Código de Comercio, disposición que por excelencia acoge la regla del abuso del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, la Corte Suprema señaló el alcance de la figura así:

"(…) los derechos deben ejercerse en consonancia con los fines que les son propios , fines que están determinados por la función específica que cumplen en la convivencia humana, y en virtud de los cuales el derecho objetivo los regula y tutela. Mas, en cuanto postulado esencial del derecho, carácter que muy pocos se atreven a disputarle, trasciende del ámbito meramente extracontractual al cual se quiso restringir, para orientar, por el contrario, toda actividad humana amparada por el ordenamiento jurídico, de modo que, inclusive, el artículo 95 de la Constitución Política Colombiana lo considera uno de los deberes "de la persona y del ciudadano", amén que manifestaciones del mismo pueden percibirse en el derecho público en la medida en que éste reprime el ejercicio arbitrario del poder o su desviación.

Así, pues, es preciso destacar que aquellas actividades protegidas por el derecho que se ejecuten anómala o disfuncionalmente, motivadas por intereses inconfesables, ilegítimos o injustos que se aparten de los fines económicos-sociales que les son propios, deben considerarse como abusivas y, subsecuentemente, generadoras de la obligación indemnizatoria , como igualmente lo son aquellas que comportan el ejercicio malintencionado e inútil del derecho subjetivo" [158] (negrilla fuera del texto).

Por otra parte, en cuanto a la calificación de un acto como abusivo, la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia ha afirmado que es decisión del fallador, conforme a la intención que se observe y/o los efectos de la misma conducta:

"Así, se ha señalado que tanto el dolo o deseo de causar daño, como la culpa, los límites objetivos del derecho del que se pregona su abuso, el fin económico y social de la norma que consagra el derecho, y hasta la moral social contemporánea han sido puestas como guías o pautas para aplicar la teoría del abuso de los derechos, sobre la base de la relatividad de los mismos. En suma, se le ha dejado al recto y sano criterio del fallador la configuración en un determinado caso de conductas que puedan ser calificadas de abusivas.

Pero este aserto no se extiende hasta la determinación de la existencia y cuantía del perjuicio inferido por actos abusivos, pues si bien el derecho a la reparación de los daños debe estar sustentado en la existencia del abuso como causa generatriz de responsabilidad, también es lo cierto que la condena a pagar los perjuicios causados por el mismo debe ir precedida tanto de la comprobación de que ese abuso ocasionó un perjuicio bien por daño emergente o lucro cesante o ya por daños extrapatrimoniales".

[159] Por su parte, el Consejo de Estado se ha aplicado la regla del abuso del derecho en asuntos como los tributarios [160] , en la reproducción de actos administrativos que han sido suspendidos con anterioridad [161] y en la determinación de la condena en costas de la parte demandada [162] .

De otro lado, la Corte Constitucional, desde la perspectiva de los derechos fundamentales y los deberes inscritos en el artículo 95 de la Carta Política, se ha referido en la Sentencia C-556 de 1992 [163] al abuso del derecho [164] .

En tal providencia se analizó la constitucionalidad de un decreto del Gobierno que declaraba el estado de conmoción interior. Allí, la Corte Constitucional hizo alusión al abuso del derecho pero no desde el entendimiento de esta figura ya analizado por el derecho privado, sino como un "abuso del derecho constitucional", en el sentido de referirse a la utilización por parte del Estado de normas constitucionales para ejercer competencias extraordinarias. Con base en ello,

afirmó que la figura del abuso del derecho se refiere a “(…) ciertas situaciones en las cuales las normas jurídicas son aplicadas de tal manera que se desvirtúa el objetivo jurídico que persigue la norma , y esto es justamente lo que sucede cuando la norma del estado de excepción es aplicada estratégicamente para solucionar problemas sociales menores o problemas políticos” (negrilla fuera del texto).

Posteriormente, la Corte analizó la figura desde una perspectiva del derecho privado. En la Sentencia T-511 de 1993 [165] y señaló que la Constitución Política consagra una manera de equilibrar la ponderación de garantías fundamentales y constitucionales para que no se vean comprometidos derechos de igual, mayor o menor jerarquía. En sus palabras, precisó:

“El numeral 1º del artículo citado establece el deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios. L a teoría del abuso del derecho, desarrollada en el derecho privado y acogida jurisprudencialmente en Colombia, incorporada al plano constitucional, no sólo se limita a excluir de la protección del ordenamiento jurídico la intención dañina que no reporta provecho alguno para quien ejerce anormalmente sus derechos en perjuicio de un tercero sino que, además, consagra una fórmula de "equilibrio" en materia de ponderación de los derechos constitucionales, de manera que su ejercicio no comprometa derechos de igual o mayor jerarquía . En otros términos, en el artículo 95 de la Carta Política subyace un principio fundamental del ordenamiento jurídico que hace imperioso el ejercicio razonable de los derechos constitucionales” (negrilla fuera del texto).

Esta Corporación también adujo que uno de los fines esenciales del Estado Social de Derecho es “asegurar la convivencia, la igualdad y la libertad dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, social y económico justo”, lo cual no se puede lograr sin que los particulares participen activamente, teniendo en cuenta que son los responsables de violar la Constitución y las leyes, y además de abusar de sus derechos. Finalmente, se concluyó que:

“(…) el abuso es patente cuando injustificadamente afecta otros derechos y, también, cuando su utilización desborda los límites materiales que el ordenamiento impone a la expansión natural del derecho, independientemente de que se produzca en este caso un daño a terceros.

El artículo 95 de la CP se refiere exclusivamente a derechos y deberes constitucionales que son la materia a la que se contrae la obra del Constituyente, sin perjuicio de que la interdicción del abuso del derecho sea un principio general del ordenamiento.

La norma que ordena "respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios" (num. 1), es un desarrollo concreto de la precedente prescripción que se contiene en la misma disposición: "El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades"

[166] (negrilla fuera del texto). Por otra parte, en la Sentencia T-017 de 1995 [167] señaló lo siguiente: “Insiste la Corte en que el respeto al orden instituido debe estar acompañado del razonable uso de los derechos que se tienen a la luz del sistema jurídico.

El abuso del derecho, aunque éste se halle amparado formalmente en una norma jurídica, no legítima la conducta de quien actúa en perjuicio de la colectividad o afectando los derechos ajenos .

De allí que el artículo 95 de la Constitución establezca, como primer deber de la persona y del ciudadano, el de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios".

Luego finalizó concluyendo que “la Corte ha tenido ocasión de referirse a los dos extremos del problema planteado, advirtiendo siempre que todo derecho lleva consigo contraprestaciones y cargas que le quitan su carácter absoluto, tal como se desprende de lo estatuido en el artículo 95 de la Constitución Política, según el cual el ejercicio de los derechos

y libertades reconocidos en ella implica responsabilidades, siendo claro que el primer deber de toda persona consiste en "respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios "

[168] (negrilla fuera del texto). Finalmente, la Corte ha precisado que el abuso de los derechos puede dar lugar a la vulneración de derechos fundamentales, y tal situación puede conducir al amparo del juez de tutela. Por ejemplo, en la Sentencia T-303 de 1993 [169] , la Corte consideró que es un abuso del derecho de las administradoras de datos personales financieros conservar los datos negativos de un deudor indefinidamente y que tal abuso constituye una vulneración del derecho al habeas data del usuario del sistema financiero.

Posteriormente, en la Sentencia T-511 de 1993 [170] , la Corporación revisó el caso de un arrendador que interpuso acción de tutela contra su arrendataria, ya que ésta no le permitía el ingreso a su lugar de habitación a personas que podían ser posibles compradores, por cuanto el accionante había puesto en venta su inmueble y necesitaba que la arrendataria accediera a mostrar dicho lugar en horas y días hábiles. La accionada se negaba a la solicitud ya que sentía que se le vulneraba su derecho fundamental a la intimidad. La Corte Constitucional protegió el derecho a la intimidad de la accionada y confirmó la decisión de segunda instancia que concedía el amparo considerando que:

“El orden constitucional no admite el ejercicio abusivo de los derechos reconocidos en la Carta. Se abusa de un derecho constitucional propio cuando su titular hace de él un uso inapropiado e irrazonable a la luz de su contenido esencial y de sus fines.

El abuso es patente cuando injustificadamente afecta otros derechos y, también, cuando su utilización desborda los límites materiales que el ordenamiento impone a la expansión natural del derecho, independientemente de que se produzca en este caso un daño a terceros. La Corte no pretende eliminar ni desechar la hipótesis de un posible abuso de su derecho contractual por parte de la arrendataria, que de configurarse deberá ser advertido y sancionado por el juez ordinario, sin que en ese evento aquél - se reitera - adquiera naturaleza constitucional” (negrilla fuera del texto).

En la Sentencia T- 465 de 1994 [171] se revisó el caso de un señor que interpuso acción de tutela en contra de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia, puesto que sentía que los actos religiosos que llevaba a cabo fuera de las instalaciones del templo, es decir, en las aceras y calles cercanas a su vivienda, utilizando elementos amplificadores de sonido, lo obligaban a escuchar sus rituales, a participar indirectamente de ellos, y perturbaban su vida familiar y no le permitían gozar de intimidad en su hogar. La primera instancia de tutela negó la acción al considerar que la libertad de cultos no puede limitarse y que, si el actor consideraba que el volumen de las ceremonias o ritos era muy alto, debió agotar otras instancias como la policial para elevar sus peticiones. Por su parte, la Corte Constitucional ponderó entre los derechos a la libertad de culto frente a la intimidad, a la tranquilidad y la paz, e inclusive frente a la libertad de culto del actor, y concluyó que “se vulneran los derechos fundamentales del actor por la permanente intromisión que en su vida privada tiene lugar en virtud de las prácticas religiosas del grupo religioso demandado. Este, a la vez, ha invadido la esfera de su libertad individual, al hacerlo obligado espectador de sus ceremonias ”.

Concretamente en cuanto a la figura del abuso del derecho, afirmó que “ Una correcta interpretación constitucional no puede llevar a convertir la libertad de cultos en motivo para cercenar los demás derechos fundamentales.

Su uso debe ser razonable y adecuado a los fines que persigue. Los desbordamientos quedan sujetos a la acción de las autoridades, que, según el perentorio mandato del artículo 2º de la Constitución, han sido instituidas, entre otras cosas, para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus creencias, pero también para asegurar los derechos y libertades de los demás y para garantizar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares” (negrilla fuera del texto).

En la Sentencia SU-624 de 1999 [172] , la Sala Plena analizó el caso de una niña que cursó en un colegio hasta el grado 5 de primaria, pero sus padres siempre estuvieron atrasados en el pago de las pensiones e incluso, al finalizar el grado 5,

se fueron de la ciudad debiendo un saldo al colegio. Dos años después, la mamá de la niña interpuso acción de tutela porque el colegio se negó a entregarle un certificado de estudios con fundamento en que se debía dinero a la institución educativa. La Corte Constitucional al revisar el caso, observó que el padre de familia aparecía como dueño de vehículos de trasporte público y habitaba en una casa grande, espaciosa y con piscina. Constató que los padres eran simplemente obstinados con los pagos y nunca atendían sus obligaciones con el colegio. Por ello la Corte revocó la decisión de segunda instancia que había ordenado la entrega de las notas solicitadas y declaró que los padres de las niñas habían incurrido en abuso del derecho. Sobre al abuso del derecho y la ponderación de garantías, este Tribunal argumentó:

"No se entiende que para un padre de familia sea muy importante gastar en trivialidades y que ubique en los últimos lugares la educación de sus hijos. El padre que así actúa es un irresponsable. Y es más irresponsable si escuda su mora en jurisprudencia que protege a los niños. Lo que jurisprudencialmente está garantizado es la educación y no el dolo directo y malicioso de quien teniendo cómo pagar se torna incumplido.

Ese aprovechamiento grave y escandaloso, a conciencia, se torna en anómalo y es inadmisible porque le ocasiona a otro un daño injustificado. Hay una captación no adecuada de jurisprudencia cuando se alteran maliciosamente las circunstancias actuales." La Corte siempre ha dicho que el derecho al cobro es intangible y ha partido del supuesto constitucional de la buena fe. Pero ante la realidad del aprovechamiento de la jurisprudencia a favor de la "cultura del no pago" no se puede permitir que el escudo para el abuso, sea precisamente esa jurisprudencia constitucional. Ello obliga a que, aunque se reafirme que el niño no puede ser retirado de clase, por el contrario se debe precisar el tema concreto de la entrega de notas (…)" (Negrilla fuera del texto).

3.7.2.3. De lo anterior se concluye que, en términos generales, comete abuso del derecho: (i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico;

(ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue.

3.7.3. Conclusión De conformidad con las consideraciones previas, la figura jurídica del abuso del derecho es la otra cara del fraude a la ley, ahora mirada desde la acción cometida por el titular de un derecho. En otras palabras, mientras el fraude a la ley se construye desde la mirada del resultado objetivo contrario a las finalidades de una institución jurídica, el abuso del derecho se mira desde el punto de vista de quien es titular del derecho y puede caracterizarse como un ejercicio manifiestamente irrazonable o desproporcionado.

Para que se configure el fraude a la ley y el abuso del derecho no se requiere la existencia de una intención o culpa, basta que se produzca un resultado manifiestamente desproporcionado contrario a las finalidades previstas por el ordenamiento para una disposición o institución jurídica.

3.8. LOS PRINCIPIOS DE BUENA FE Y CONFIANZA LEGÍTIMA El principio de la confianza legítima encuentra su sustento en el artículo 83 de la Constitución, el cual se refiere a que "las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas." De igual forma, esta Corporación en diferentes oportunidades ha desarrollado la norma constitucional en mención y al respecto ha indicado que las relaciones con la comunidad deben estar ceñidas al principio de la confianza legítima, lo que implica, de una parte, el deber de proceder con lealtad en las relaciones jurídicas y, de otra, el derecho a esperar que los demás obren de la misma forma.

[173] En efecto, con este principio se busca proteger al administrado de cambios bruscos o intempestivos efectuados por las autoridades cuando éstas de manera expresa o tácita han aceptado un comportamiento proveniente del ciudadano

[174] .

Es aplicable a situaciones en las cuales el ciudadano se encuentra en una posición jurídica que puede ser modificable por la administración. Sin embargo, afirma la Corte:

“(…) si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe (CP art. 83), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación. Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política” [175] .

El principio en cuestión se edifica sobre tres presupuestos básicos: (i) la necesidad de promover el interés público sin desconocer la buena fe de los individuos, (ii) una desestabilización cierta, evidente y razonable en la relación entre la administración y los administrados; y (iii) la necesidad de adoptar medidas por un período transitorio que adecuen la actual situación a la nueva realidad. Así, el principio de buena fe, en su ámbito de confianza legítima, exige a las autoridades y a los particulares mantener coherencia en sus actuaciones, respetar los compromisos adquiridos y garantizar la durabilidad y estabilidad de la situación que objetivamente da lugar a esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico, o al menos una transición para adaptarse a la nueva situación [176] .

A continuación pasará la Sala a hacer mención de algunas sentencias en las que la Corte se ha pronunciado acerca del principio de la confianza legítima.

La Corte Constitucional , a partir del principio de la buena fe contemplado en el artículo 83 de la Constitución Política, ha desarrollado la teoría de la confianza legítima , para resolver los casos que generan un impacto específico que sorprende a los ciudadanos y afecta su situación de manera severa. La Corte ha sido cuidadosa en proteger la confianza legítima de personas que de buena fe esperan poder continuar subsistiendo con la fuente de ingreso de la cual venían dependiendo antes del cambio de situación.

De esa forma, desde sus inicios fue aplicado en la Sentencia T-372 de 1993 [177] , al resolver el caso de unos trabajadores ambulantes los cuales fueron desalojados por la administración a fin de recuperar el espacio público. En esa ocasión, la Corte amparó el derecho al trabajo ordenando su reubicación inmediata, sin desconocer el interés general de la comunidad. En ella manifestó:

“ La conducta de la administración municipal en concepto de la Sala, vulneró el principio de confianza que debe preceder toda relación entre el administrado y el administrador, por cuanto la administración municipal de Neiva, debiendo utilizar el mecanismo de la revocación de las licencias, no lo hizo y, por el contrario, decidió que en un término perentorio, no acorde con la realidad, se desocupara la zona, para lo cual se dictó un decreto en el que se establecían sitios de reubicación. Solución que nunca se concretó. Esta actitud de la administración, causó perjuicios a los vendedores, toda vez que su desalojo les produjo el cese inmediato y total de su actividad.” En el mismo sentido se pronunció en Sentencia T-617 de 1995 [178] . En esa ocasión se resolvió acción de tutela presentada por las personas que ocupaban una zona aledaña al ferrocarril en el barrio Los Comuneros en Bogotá. En ella se protegieron los derechos a la vivienda digna, ordenado al Distrito cumplir con la reubicación de sus habitantes, para lo cual, aplicó el principio de la confianza legítima al sostener que:

“La organización administrativa del Estado reposa sobre el principio del interés general. Es claro que la contraposición entre los intereses puramente particulares de los individuos aisladamente considerados, y los intereses generales, ha de resolverse necesariamente a favor de los intereses generales, pues lo colectivo debe primar sobre lo individual, y lo público sobre lo privado. El principio del interés general a su vez determina el contenido y campo de aplicación del

principio de la confianza legítima. Pues en el (sic), la confianza legítima encuentra su más claro límite. El principio de la confianza legítima encuentra un límite en su contenido y alcance que es dado por PRINCIPIO DEL INTERES GENERAL .

El Principio del interés general a su vez determina el contenido y campo de aplicación del principio de la confianza legítima. Pues en el, la confianza legítima encuentra su más claro límite. En tal sentido lo señaló El Tribunal Europeo de Justicia en Sentencia de 16 de mayo de 1979: “al estudiar el conflicto que surgió entre el principio de la confianza legítima y el interés público, a lo cual determinó que” en caso de enfrentamiento el interés público tendrá primacía sobre la confianza legítima: Teniendo en cuenta que el marco de una reglamentación económica como la de las organizaciones comunes de los mercados agrícolas, el principio del respeto de la confianza legítima prohíbe a las instituciones comunitarias modificar esta reglamentación sin combinarla con medidas transitorias, salvo que un interés público se oponga a la adopción de tal medida.’ [179] (…) Retomando el tema de la confianza legítima en la teoría administrativa: la relación entre administración y administrado plantea el gran problema de establecer las delimitaciones legales de los derechos de éstos últimos frente a la administración. Que en virtud de su potestad y ejercicio de las finalidades del Estado pueden ser limitados. Potestad que determina la imprescriptibilidad de los bienes de uso público por la ocupación temporal de los particulares, (art. 63 C.P.) Pero al mismo tiempo, la Confianza legítima como medida de protección a los administrados se origina cuando de un acto de aplicación de una Norma, aun procedente del Poder Legislativo, supone para sus destinatarios un sacrificio patrimonial que merece un calificativo especial, en comparación del que pueda derivarse para el resto de la Colectividad.

El problema de tal trato, fue resuelto por el principio de protección de la Confianza legítima, que formulado por la jurisprudencia Alemana, hizo suyo el Tribunal Europeo de Justicia en Sentencia del 13 de julio de 1965”.

Siguiendo con el mismo lineamiento, esta Corporación en Sentencia C-131 de 2004 [180] , al estudiar una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 51 (parcial) de la Ley 769 de 2002 "por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones", reiteró el concepto del principio de la confianza legítima. En esa ocasión manifestó:

“(…) la confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en cual pueda confiar. Para Müller, este vocablo significa, en términos muy generales, que ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento en relación con otro, o ante la comunidad jurídica en su conjunto, y que producen determinados efectos jurídicos; y si se trata de autoridades públicas, consiste en que la obligación para las mismas de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales, salvo interés público imperioso contrario. Se trata, por tanto, que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas. En tal sentido, no se trata de amparar situaciones en las cuales el administrado sea titular de un derecho adquirido, ya que su posición jurídica es susceptible de ser modificada por la Administración, es decir, se trata de una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente .

De allí que el Estado se encuentre, en estos casos, ante la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación… (…) El principio de la confianza legítima es un corolario de aquel de la buena fe y consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica.

(…) De igual manera, la doctrina foránea considera que, en virtud del principio de la confianza legítima, la administración pública no le exigirá al ciudadano más de lo estrictamente necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso persiga [181] . No obstante, la jurisprudencia extranjera también ha considerado que el mencionado principio no es absoluto, que es necesario ponderar su vigencia con otros principios fundamentales del ordenamiento jurídico, en especial, con la salvaguarda del interés general en materia económica [182] .

La jurisprudencia de la Corte ha sido además constante en señalar que el principio de la confianza legítima es una proyección de aquel de la buena fe, en la medida en que el administrado, a pesar de encontrarse ante una mera expectativa, confía en que una determinada regulación se mantendrá. En palabras de la Corte 'Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política." [183] De igual manera, cabe señalar que la Corte ha considerado que el principio de la confianza legítima no se limita al espectro de las relaciones entre administración y administrados, sino que irradia a la actividad judicial. En tal sentido, se consideró que " En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias. En estos casos, la actuación posterior es contraria al principio de la buena fe, pues resulta contraria a lo que razonablemente se puede esperar de las autoridades estatales, conforme a su comportamiento anterior frente a una misma situación. Esta garantía sólo adquiere su plena dimensión constitucional si el respeto del propio acto se aplica a las autoridades judiciales, proscribiendo comportamientos que, aunque tengan algún tipo de fundamento legal formal, sean irracionales, según la máxima latina venire contra factum proprium non valet " [184] .

Esta línea jurisprudencial ha sido mantenida y profundizada por la Corte al considerar que la interpretación judicial debe estar acompañada de una necesaria certidumbre y que el fallador debe abstenerse de operar cambios intempestivos en la interpretación que de las normas jurídicas venía realizando, y por ende, el ciudadano puede invocar a su favor, en estos casos, el respeto por el principio de la confianza legítima.

[185] De igual manera, la Corte ha insistido en que únicamente es viable predicar la vigencia del citado principio cuando quiera que existan realmente razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, como por ejemplo, cuando la norma en cuestión ha estado vigente por un largo período, no ha estado sujeta a modificaciones ni se ha propuesto su reforma, su existencia es obligatoria 'es decir, no es discrecional para las autoridades responsables suprimir el beneficio' [186] y ha generado 'efectos previsibles significativos', esto es, que los particulares han acomodado su comportamiento a lo prescrito por la norma".

En sentencias posteriores, esta Corporación ha reiterado el concepto de la confianza legítima. Como es el caso de las Sentencias T-248 de 2008 [187] , T-472 de 2009, T-308 de 2011 y T-244 de 2012 [188] , entre otras, que reiteran lo anteriormente expuesto.

Desde esta perspectiva, se concluye que la jurisprudencia constitucional ha reiterado que la confianza legítima: (i) es una garantía constitucional que se desprende del principio de buena fe, la cual se fundamenta en el hecho de que la administración no puede repentinamente cambiar las condiciones que directa o indirectamente permitían a los administrados ejercer un derecho, sin que se otorgue un período razonable de transición o una solución para los problemas derivados de su acción u omisión;

(ii) lo anterior, no significa que las autoridades admi nistrativas se encuentren impedidas para adoptar medidas que modifiquen las expectativas de los individuos, sino que el respeto de la confianza legítima implica que la adopción de

tales medidas no puede darse de forma sorpresiva e intempestiva [189] ; por el contrario, se debe permitir la transición de los interesados de un escenario a otro .

3.9. RÉGIMEN ESPECIAL DE PENSIONES DE LOS CONGRESISTAS 3.9.1. Antecedentes históricos 3.9.1.1. La Ley 48 de 1962, artículo 7 [190] , extendió las prestaciones reconocidas a los servidores públicos a los integrantes del Congreso. En lo que tenía que ver con la pensión de jubilación, señaló que ésta se reconocería atendiendo los requisitos y la cuantía señalados en la Ley 6ª de 1945 [191] .

3.9.1.2. La Ley 33 de 1985 creó el Fondo de Previsión Social del Congreso, como establecimiento público del orden nacional, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, encargado de reconocer y pagar las prestaciones sociales de los Congresistas y empleados, tanto del Congreso como del mismo Fondo, incrementó en 5 años la edad y mantuvo el tiempo de servicio fijado en normas anteriores para alcanzar la pensión de jubilación; y estableció un régimen de transición que amparara a quienes “a la presente ley hayan cumplido quince años continuos o discontinuos de servicio” -continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley-;

y a aquellos “con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, que actualmente se hallen retirados del servicio” -tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta años (50) de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55), si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro”.

Señala al respecto el artículo 1° de la Ley 33 de 1985: “Artículo 1°. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

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

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.

Parágrafo 1°. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o vejez, sólo se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) o más horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley.

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

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta años (50) de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55), si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Parágrafo 3°. En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley" [192] .

El artículo 1° de la Ley 19 de 1987 modificó el artículo 23 de la Ley 33 de 1985, en el sentido de disponer que para tener derecho a las prestaciones y servicios que presta el Fondo de Previsión Social del Congreso, se requería contribuir a su funcionamiento, de suerte que los Congresistas beneficiarios de una pensión de jubilación reconocida por una entidad de previsión social diferente, podían continuar percibiendo de dicho Fondo la prestación, siempre que suspendieran o cesaran en el ejercicio de sus funciones, y hubieren prestado servicios al Congreso por un término no menor de un año, continuo o discontinuo.

Sintetizando, puede afirmarse que, de conformidad a los lineamientos de las leyes 33 de 1985 y 19 de 1987, los Congresistas se sometían al siguiente régimen pensional antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 siempre y cuando demostraran que:

(i) tenían más de 50 o 55 años de edad –mujer u hombre, respectivamente - , (ii) contaban con 20 o más años de servicio continuo o discontinuo, y (iii) habían contribuido durante más de un año al sostenimiento del Fondo, sin perjuicio de las condiciones de edad y tiempo de servicio de los beneficiarios del régimen de transición previsto en la Ley 33 de 1985. Estas prestaciones eran reconocidas por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, quien administraba el régimen pensional de los miembros y empleados de la corporación legislativa.

Cabe así mismo señalar que la Ley 71 de 1988 permitió acumular los periodos servidos a distintos patronos, en cuanto el artículo 7° dispuso que, a partir del 22 de diciembre de 1988, los empleados oficiales y trabajadores particulares que acreditaran 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en cualquier entidad administradora de pensiones, pueden aspirar a una pensión de jubilación, cuando cumplan 60 o más años de edad si es varón y 55 o más años si es mujer; acumulación que se hizo posible para quienes a la fecha señalada, contaran con 10 años o más de afiliación, en una o varias de las entidades, y 50 años o más de edad si es varón o 45 años o más si es mujer –Ley 71 de 1988, artículo 7°.

3.9.1.3. En desarrollo del literal e) del numeral 19 del artículo 150 Constitucional, el Legislador expidió la Ley 4 de 1992, que en su artículo 17 dispuso que el Gobierno Nacional fijaría el régimen de pensiones, reajustes y sustituciones para los Representantes y Senadores, atendiendo a los siguientes lineamientos:

(i) Las pensiones, reajustes y sustituciones se fijarían en una cuantía no inferior "al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el Congresista".

(ii) Las pensiones, reajustes y sustituciones tendrían un incremento igual al del salario mínimo legal. (iii) Las pensiones, reajustes y sustituciones se liquidarían "teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decrete la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva".

En este orden de ideas, el artículo 17 dispone: " Artículo 17. El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores. Aquéllas y éstas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el Congresista. Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal.

Parágrafo: La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decrete la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva".

3.9.1.4. En ejercicio de las facultades ya referidas y conforme los lineamientos señalados en la norma antes trascrita, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1359 de 1993, que regula de manera integral y en forma especial “el régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de quienes a partir de la vigencia de la ley 4ª de 1992 tuvieren la calidad de senador o representante a la cámara”.

En cuanto a los requisitos, el Decreto 1359 mantiene las edades consagradas en la Ley 33 de 1985 (50 o 55 años de edad –mujer u hombre respectivamente) y fija las demás condiciones en los siguientes términos:

“ART. 4º—Requisitos para acceder a este régimen pensional. Para que un congresista pueda acceder a la aplicación de este régimen especial, deberá cumplir en debida forma con los siguientes requisitos:

a) Encontrarse afiliado a la entidad pensional del Congreso y estar efectuando cumplidamente las cotizaciones o aportes respectivos a la misma, y b) Haber tomado posesión de su cargo.

PAR.—De igual manera accederán a este régimen pensional los congresistas que al momento de su elección estuvieren disfrutando de su pensión vitalicia de jubilación decretada por cualquier entidad del orden nacional o territorial, y que cumplieren las condiciones y requisitos establecidos en el artículo 1º, inciso 2º de la Ley 19 de 1987.

ART. 7º—Definición. Cuando quienes en su condición de senadores o representantes a la cámara, lleguen o hayan llegado a la edad que dispone el artículo 1º, parágrafo 2º de la Ley 33 de 1985 y adicionalmente cumplan o hayan cumplido 20 años de servicios, continuos o discontinuos en una o en diferentes entidades de derecho público incluido el Congreso de la República, o que los hayan cumplido y cotizado en parte en el sector privado y ante el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, conforme a lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, tendrán derecho a una pensión vitalicia de jubilación que no podrá ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio, que durante el último año y por todo concepto devenguen los congresistas en ejercicio, de conformidad con lo establecido en los artículos 5º y 6º del presente decreto.

PAR.—Para efectos de lo previsto en el presente decreto y en especial de la pensión vitalicia de jubilación, las sesiones ordinarias o extraordinarias del Senado y la Cámara de Representantes en cada legislatura anual se computarán en materia de tiempo y de asignaciones, como si el congresista hubiere percibido durante los doce (12) meses del respectivo año calendario idénticas asignaciones mensuales a las devengadas en tiempo de sesiones. Si las corporaciones públicas no se hubieren reunido por cualquier causa, se aplicará el presente parágrafo para los efectos de tiempo y asignación como si dichas corporaciones hubiesen estado reunidas”.

El decreto también regula la situación de los Congresistas que al momento de ejercer su cargo ya habían sido pensionados por otra Caja, y de aquellos que fueron pensionados por el Congreso bajo otro régimen. En relación con la primera situación, el artículo 8° del Decreto 1359 de 1993 dispone que los “ senadores y representantes a la cámara que al momento de tomar posesión de su cargo hubieren tenido que renunciar temporalmente al disfrute de su pensión vitalicia de jubilación, decretada por cualquier entidad de derecho público, al terminar su gestión como congresistas, la seguirán percibiendo de la entidad pensional del Congreso, de conformidad con las disposiciones del presente régimen, siempre que a la vigencia de este decreto hubieren adquirido tal derecho según lo establecido en el artículo 1º, inciso 2º de la Ley 19 de 1987”, y hubiesen trabajado al menos un año como Congresistas.

En cuanto a la segunda, el artículo 17 del Decreto 1359 de 1993, modificado por el artículo 7° del Decreto 1293 de 1994, dispone que los Senadores y Representantes a la Cámara que tomaron posesión del cargo con anterioridad a la vigencia de la Ley 4ª de 1992, tendrán derecho a un reajuste en su mesada pensional por una sola vez, de tal manera que su pensión alcance un valor equivalente al promedio de las pensiones a que tendrían derecho los actuales Congresistas [193]
.

3.9.2. El régimen de transición establecido para los miembros del Congreso Como se explicó anteriormente, la Ley 100 de 1993 reguló dos situaciones:

(i) protegió, en el artículo 36, los derechos pensionales próximos a causarse, en desarrollo de claros principios constitucionales que garantizan las garantías de los trabajadores, y (ii) estableció la existencia de regímenes exceptuados del régimen general de pensiones, sin que en estos últimos se haya incluido a los Congresistas.

3.9.2.1. El artículo 273 de la Ley 100 de 1993, "por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones", señala que el Gobierno Nacional, " sujetándose a los objetivos, criterios y contenido que se expresan en la presente ley y en particular a los establecidos en los artículos 11 y 36 de la misma, podrá incorporar, respetando los derechos adquiridos, a los servidores públicos, aún a los congresistas, al sistema general de pensiones y al sistema general de seguridad social".

[194] Con fundamento en el artículo en mención, el Gobierno Nacional incorporó [195] a los servidores públicos del orden nacional al Sistema General de Seguridad Social a partir del 1° de abril de 1994, y dispuso la sujeción de éstos "al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones que lo reglamenten".

El 22 de junio de 1994, el Gobierno Nacional, en uso de las facultades constitucionales y legales "conferidas en el decreto 1266 de 1994 y en especial en los literales e) y f) del numeral 19 del artículo 150, el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992", estableció el régimen de transición de los Senadores, Representantes y empleados del Congreso y del Fondo de Previsión de la entidad, en el Decreto 1293 de 1994 [196] .

El Decreto 1293 de 1994 ordenó la incorporación de todos los funcionarios del Congreso, incluidos los Senadores y Representantes al Sistema General de Pensiones, con excepción de los cubiertos por el régimen de transición. Por su parte, el artículo segundo consagra las condiciones para que éste último proceda. Los artículos 1, 2 y 3 disponen:

"Artículo 1º. Campo de aplicación. El Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, se aplica a los Senadores, Representantes y empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión Social del Congreso, con excepción de los cubiertos por el régimen de transición previsto en el presente decreto.

Artículo 2º. Régimen de transición de los senadores, representantes, empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión Social del Congreso.

Los senadores, los representantes, los empleados del Congreso de la República y los empleados del Fondo de Previsión Social del Congreso, tendrán derecho a los beneficios del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siempre que a 1º de abril de 1994 hayan cumplido alguno de los siguientes requisitos:

a. Haber cumplido (40) o más años de edad si son hombres, o treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres; b. Haber cotizado o prestado servicios durante quince (15) años o más.

Parágrafo. El régimen de transición de que trata el presente artículo se aplicará también para aquellas personas que hubieran sido senadores o representantes con anterioridad al 1º de abril de 1994, sean o no elegidos para legislaturas posteriores, siempre y cuando cumplan a esa fecha con los requisitos de que tratan los literales a) o b) de este artículo, en cuyo caso este último será el que conservarán.

Artículo 3º. Beneficios del Régimen de transición. Los senadores y representantes que cumplan con alguno de los requisitos previstos en el artículo anterior, tendrán derecho al reconocimiento de su pensión de jubilación cuando cumplan con los requisitos de edad y tiempo de servicios o número de semanas cotizadas establecidos en el Decreto 1359 de 1993, así como el monto de la pensión, forma de liquidación de la misma e ingreso base de liquidación establecidos en el mismo decreto.

Los empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión Social del Congreso que cumplan con alguno de los requisitos previstos en el artículo anterior, tendrán derecho al reconocimiento de su pensión de jubilación cuando cumplan con los requisitos de edad, tiempo de servicio, número de semanas cotizadas y el monto de la pensión establecidos en el artículo 20 del acuerdo 26 de 1986, del Fondo de Previsión Social del Congreso, aprobado por el decreto 2837 de 1986.

Parágrafo. El régimen de transición de que trata el presente artículo se aplicará también para aquellos senadores y representantes que durante la legislatura que termina el 20 de junio de 1994 tuvieren una situación jurídica consolidada al cumplir antes de dicha fecha, veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos en una o diferentes entidades de derecho público incluido el Congreso de la República, o que los hubieran cumplido y cotizado en parte en el sector privado y ante el Instituto de Seguros Sociales en cualquier modalidad. En cuanto a la edad de jubilación se aplicará lo dispuesto en el literal b) del artículo 2º del decreto 1723 de 1964, es decir que tales congresistas, una vez cumplido el tiempo de servicios aquí previsto, podrá obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación a la edad de cincuenta (50) años.” 3.9.2.2.

El Decreto 816 de 2002 [197] , “por el cual se dictan normas para el reconocimiento, liquidación, emisión, recepción, expedición, administración, redención y demás condiciones de los bonos pensionales del Fondo de Previsión Social del Congreso y se dictan otras disposiciones en materia de pensiones” , expedido por el Presidente de la República, en uso de las facultades que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, reguló lo relativo a los requisitos que habrán de cumplir quienes aspiran a beneficiarse del tránsito legislativo propio del régimen pensional de Congresistas, indica que el aludido régimen se regula por el Régimen General de Pensiones; fija reglas para establecer el ingreso base y se refiere al límite de las mesadas, entre otras previsiones.

En relación al ingreso base para la liquidación pensional, el Decreto 1359 de 1993 dispuso: “Artículo 5°: Ingreso Básico para la liquidación pensional.

Para la liquidación de las pensiones, así como para sus reajustes y sustituciones, se tendrá en cuenta el ingreso mensual promedio del último año que por todo concepto devenguen los Congresistas en ejercicio, a la fecha en que se decrete la prestación, dentro del cual serán especialmente incluidos el sueldo básico, los gastos de representación, la prima de localización y vivienda, prima de transporte, prima de salud, prima de navidad, y toda otra asignación de la que gozaren.” “Artículo 6°:

Porcentaje mínimo de liquidación pensional. La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones a que se refiere el artículo anterior, en ningún caso ni en ningún tiempo podrá ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devenguen los congresistas en ejercicio; ni estará sujeta al límite de cuantía a que se refiere el artículo 2° de la Ley 71 de 1988.” “Artículo 7°. Definición.

Cuando quienes en su condición de Senadores o Representantes a la Cámara, lleguen o hayan llegado a la edad que dispone el artículo 1°, parágrafo 2° de la Ley 33 de 1985 y adicionalmente cumplan o hayan cumplido 20 años de servicios, continuos o discontinuos en una o en diferentes entidades de derecho público incluido el Congreso de la República, o que hayan cumplido o cotizado en parte en el sector privado y ante el Instituto colombiano de los seguros sociales, conforme a los dispuesto en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, tendrán derecho a una pensión vitalicia de jubilación que no podrá ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio, que durante el último año y por todo concepto devenguen los Congresistas en ejercicio, de conformidad con lo establecido en los artículos 5° y 6° del presente Decreto.” 3.9.2.3.

De todo lo anteriormente expuesto, se observa que el régimen de transición opera frente a los Congresistas que: (i) ostentaran su condición a partir del 19 de diciembre de 1992 y (ii) tenían al 1° de abril de 1994, 40 años para los

hombres y 35 para el caso de las mujeres, o habían prestado servicios por lo menos durante 15 años a esta fecha. En esta categoría se encuentran incluidos quienes fueron elegidos para la legislatura del 20 de julio de 1994 a menos que para esta fecha se encontraran afiliados a un régimen pensional anterior más favorable.

La jurisprudencia constitucional, tanto en sede de control de constitucionalidad como de tutela, avaló la existencia de este régimen. Así, a modo enunciativo, encontramos la Sentencias C-608 de 1999, T-456 de 1994, T-463 de 1995, T- 214 de 1999, T-862 de 2004, T- 211 de 2005, entre otras. En estas providencias se dijo que asistía el derecho a todos los ex Congresistas para recibir su pensión de jubilación conforme a lo indicado en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, esto es, para percibir una mesada pensional que no puede ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto perciban los Congresistas en ejercicio.

Se concluye entonces que la normativa y la jurisprudencia han ordenado el respeto a la integralidad del régimen de los Congresistas, especialmente han señalado que aquellos tienen derecho a una pensión de jubilación no inferior al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto, devenguen los Congresistas en ejercicio.

Por otro lado, teniendo en cuenta que el legislador ha permitido la extensión de los beneficios dados a los Congresistas a otros funcionarios, como por ejemplo a los Magistrados de las Altas Cortes, éstos también gozan de tal derecho en el momento de la liquidación de la pensión, en caso de que optaran por dicho régimen de serles más favorable.

3.9.3. Aplicabilidad de la normativa de los Congresistas a los Magistrados de las Altas Cortes y a otros altos funcionarios a los cuales les pudiera resultar aplicable 3.9.3.1.

Los funcionarios de la rama judicial están regidos por un régimen especial diferente al de los miembros del Congreso. Éste es regulado, entre otras normas, por el Decreto 546 de 1971. Las normas de dicho régimen no fueron demandadas en este proceso y la Corte se ha abstenido de hacer integración normativa. Tampoco la ha hecho respecto de otros regímenes especiales.

Sin embargo, en virtud de decretos dictados al amparo de la Ley 4 de 1992, es posible que los Magistrados de las más Altas Corporaciones judiciales se pensionaran invocando a su favor el régimen de los Congresistas. Lo mismo sucede con otros funcionarios, usualmente llamados homologados. No es pertinente detenerse en las características de ese otro régimen especial que obedece a una filosofía diferente al del régimen especial de los Congresistas.

Ante la posibilidad de que a funcionarios diferentes a los Congresistas les pueda resultar aplicable el artículo 17 ahora juzgado, pasa la Corte a referirse a las normas pertinentes.

3.9.3.2. El Decreto 104 de 1994, expedido en desarrollo de la Ley 4 de 1992, dispuso en su artículo 28 lo siguiente: “A los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se les reconocerán las pensiones teniendo en cuenta los mismos factores salariales y cuantías de los senadores de la República y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas legales vigentes .” (negrillas y subrayas agregadas).

Así mismo, el artículo 28 del Decreto 47 de 1995 reitera la homologación entre Congresistas y Magistrados, en los mismos términos de la norma anteriormente transcrita. Es decir, para la determinación de la pensión de los Magistrados y ex Magistrados de las Altas Cortes, las anteriores disposiciones deben ser aplicadas en armonía con aquellas que establecen el ingreso base de liquidación pensional y el porcentaje mínimo de dicha prestación para los miembros del Congreso.

Posteriormente, se expidió el Decreto 043 de 1999, en cuyo artículo 25 se disponía lo siguiente: “Artículo 25. Los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, los Procuradores Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y ante el Consejo de Estado, que a 1º

de abril de 1994 desempeñaban sus cargos en propiedad y cumplían las condiciones previstas por el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 , podrán pensionarse teniendo en cuenta los mismos factores y cuantías de los Senadores de la República y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas vigentes.

Los Magistrados señalados en el inciso anterior podrán también pensionarse cuando reúnan los requisitos de edad y tiempo de servicio señalados para los Congresistas en el parágrafo del artículo 3º del Decreto 1293 de 1994" (negrillas y subrayados agregados).

Como ya se dijo, el referido parágrafo 3 del artículo 3 del Decreto 1293 de 1994 establece que " [e] l régimen de transición de que trata el presente artículo se aplicará también para aquellos senadores y representantes que durante la legislatura que termina el 20 de junio de 1994 tuvieren una situación jurídica consolidada al cumplir antes de dicha fecha, veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos en una o diferentes entidades de derecho público incluido el Congreso de la República, o que los hubieran cumplido y cotizado en parte en el sector privado y ante el Instituto de Seguros Sociales en cualquier modalidad. En cuanto a la edad de jubilación se aplicará lo dispuesto en el literal b) del artículo 2 o del Decreto 1723 de 1964, es decir que tales congresistas, una vez cumplido el tiempo de servicios aquí previsto podrán obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación a la edad de cincuenta (50) años." 3.9.3.3.

De la misma manera, la jurisprudencia constitucional ha reiterado el derecho de los Magistrados de las Altas Cortes a que les sea aplicado el mismo régimen pensional que el de los Congresistas. En efecto, la Corte en Sentencia T-214 de 1999 [198] , ratificó que los Magistrados de las Altas Cortes tienen derecho a un régimen pensional especial, el cual puede ser el propio de la rama judicial si reúnen los requisitos para ello, o el que se desprende del de los Congresistas .

Sobre el particular sostuvo: "Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional comentada anteriormente relativa a la cuantía mínima de la pensión de todo tipo de ex congresistas, según la cual todos deben recibir una idéntica mesada pensional, equivalente al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto perciban los congresistas en ejercicio, debe ser referida también, como efecto de la homologación legal, a los ex magistrados de las altas cortes.

Una interpretación diferente sería, evidentemente, discriminatoria. Aplicando las anteriores conclusiones al caso sometido ahora a la consideración de la Sala, ésta encuentra que, indudablemente, al actor le asiste el derecho a percibir una pensión de jubilación que no puede estar por debajo del límite mencionado . Si al hacer la liquidación inicial, en el momento del reconocimiento que se le hizo de la pensión - ocurrido en el año de 1993- no se tuvieron en cuenta las disposiciones pertinentes del Decreto 1359 de 1993, por la sencilla razón de no haber sido expedidas para ese momento, resulta obvio que el actor tiene derecho a la reliquidación que invoca, a fin de quedar en pie de igualdad con los ex congresistas a quienes se les ha re liquidado su pensión, y a los ex magistrados que igualmente obtuvieron el reconocimiento en las condiciones de la normatividad transcrita . Contribuye a llegar a esta conclusión, el hecho de que el Decreto 1359 de 1993 dispuso que el régimen pensional de los congresistas, y por homologación de los ex magistrados, - que indica el reconocimiento de una pensión no inferior al 75% del salario mensual promedio- se aplicaría a partir de la vigencia de la Ley 4ª de 1992.

La Sala estima finalmente, que la homologación entre ex magistrados y ex-congresistas en lo concerniente a la pensión de jubilación, debe hacerse efectiva respecto de todos los ex magistrados pensionados en cualquier tiempo, por las mismas razones que expuso esta Corporación en las sentencias T-456 de 1994 y T-463 de 1995 anteriormente comentadas y relativas a pensiones de ex congresistas .

Por lo anterior la negativa de la entidad accionada a llevar a cabo la reliquidación solicitada, se erige en un desconocimiento de los derechos prestacionales del actor y además en una violación a su derecho a recibir un trato igualitario o no discriminatorio en relación con los demás ex magistrados pensionados, respecto de los cuales se

encuentra en idéntica situación legal.” La Corte Constitucional también ha reiterado la aplicación del régimen especial pensional de los Congresistas a los Magistrados de las Altas Cortes en sede de control constitucional abstracto.

“A los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, del Consejo de Estado, de la Corte Suprema de Justicia, y de la Corte Constitucional, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, el Contralor y el Registrador Nacional del Estado Civil, se les liquida la pensión de jubilación con los factores salariales de los congresistas ; es decir, asignación básica, gastos de representación, prima de salud, prima de localización y vivienda, prima de navidad y prima de servicios en virtud del decreto 1293 de 1994. Esto quiere decir que no se aplica lo establecido en el artículo 15 respecto de la prima especial de servicios sin carácter salarial. Esta se reemplaza por los factores salariales de los congresistas. Los altos funcionarios cotizan sobre sus factores salariales, es decir asignación básica y gastos de representación” [199] .

También se ha extendido el régimen especial previsto en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, entre otros, a los Magistrados de Altas Cortes -artículo 28 del Decreto 104 de 1994- y ciertos funcionarios de la rama judicial y del Ministerio Público y de órganos de control como el Procurador General de la Nación –artículo 25 del Decreto 65 de 1998-, el Fiscal General de la Nación, el Registrador Nacional del Estado Civil y el Defensor del Pueblo, el Contralor General, y los Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado -artículo 25 del Decreto 682 del 10 de abril de 2002-.

3.9.4. Interpretación que ha dado la jurisprudencia sobre la exigencia de vinculación al régimen de transición al 1 de abril de 1994 La aplicación del régimen de transición de los Congresistas y de los Magistrados de las Altas Cortes, ha planteado ante la jurisdicción el interrogante si para acceder a un régimen especial resulta necesario encontrarse vinculado al mismo al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993.

3.9.4.1. En un principio, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente la Sentencia C-596 de 1997, señaló de forma categórica que para ser beneficiario de un régimen especial en razón del régimen de transición, resultaba absolutamente necesario estar afiliado al mismo al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993.

En dicha providencia, la Corporación estudió la constitucionalidad del parágrafo 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, específicamente la expresión “ al cual se encuentren afiliados ”. La norma demandada 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) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados .

Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.” Los accionantes consideraban que la expresión “al cual se encuentran afiliados” , contenida en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, era violatoria del principio de favorabilidad y establecía una discriminación entre quienes al momento de entrar en vigencia el nuevo Sistema de Seguridad Social Integral (Ley 100 de 1993), a pesar de cumplir los requisitos establecidos, no se encontraran en ningún régimen o lo estaban en uno menos beneficioso.

La Corporación expuso varias razones por las cuales dicha exigencia resultaba razonable. En primer lugar , adujo que en consideración a que la Ley 100 de 1993 buscaba proteger una expectativa de ser pensionado bajo las reglas del régimen al cual se estaba inscrito, resulta necesario que efectivamente el beneficiado estuviera en él al momento de entrar a regir la Ley 100, de lo contrario, no existía ninguna expectativa que proteger. La Corporación señaló:

“(…) quienes a la fecha de entrada en vigencia de la ley se encontraban trabajando y adscritos a un determinado régimen pensional, no tenían propiamente un derecho adquirido a pensionarse según los requisitos establecidos por ese régimen ; tan solo tenían una expectativa de derecho frente a tales condiciones o exigencias. No obstante, la nueva ley de seguridad social les concedió el beneficio antes explicado, consistente en la posibilidad de obtener la pensión según tales requisitos. Obviamente, la Ley 100, justamente en la expresión demandada, exigió que los acreedores a tal beneficio estuvieran afiliados a algún régimen pensional.

Luego, por elementales razones de lógica jurídica, era necesario establecer el condicionamiento de estar afiliado a algún régimen pensional para efectos de ser acreedor al beneficio derivado del régimen de transición, consistente en poder pensionarse de conformidad con los requisitos y condiciones previstos para el régimen anterior.

” En segundo lugar , señaló que el principio de favorabilidad se aplicaba cuando efectivamente se tiene expectativa frente a un derecho. Señaló expresamente la Corporación:

“El principio de favorabilidad supone que existen dos normas jurídicas que regulan una misma situación de hecho, y que una de ellas es más favorable que la otra. Pero ambas normas deben estar vigentes en el momento en que el juez que analiza el caso particular va a decidir cuál es la pertinente. La violación del principio de favorabilidad laboral que se plantea en la demanda, se estructura por la comparación entre el nuevo régimen y el régimen derogado, por lo cual carece de fundamento, ya que no estando de por medio derechos adquiridos, al legislador le es permitido definir libremente los requisitos para acceder a un derecho-prestación de contenido económico-social, tal cual es el derecho a la pensión de jubilación.” 3.9.4.2.

No obstante, posteriormente, el Consejo de Estado al estudiar una acción de nulidad contra el decreto que extiende los beneficios pensionales a favor de los Magistrados de las Altas Cortes, adoptó la tesis contraria y señaló que para ser beneficiario de un régimen especial, no resulta necesario estar inscrito en él al 1 de abril de 1994, incluso procede si se inscribe en forma posterior.

En ejercicio de la acción pública de nulidad, el ciudadano Luis Fernando Velandia Rodríguez demandó ante el Consejo de Estado la nulidad de los artículos 25, 26, 27 y 28 del Decreto 043 de 1999, expedido por el Gobierno Nacional [200] .

Para el ciudadano, el artículo 25 del Decreto 043 de 1999 al exigir que para que tales funcionarios puedan pensionarse bajo el mencionado régimen, deben desempeñar el cargo en propiedad el 1° de abril de 1994 y cumplir las condiciones previstas en el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, violaba “ directamente el literal a) del artículo 2° de la Ley 4ª de 1992, el cual ordena que para la fijación del régimen salarial y prestacional de tales servidores el Gobierno Nacional tendrá en cuenta el respeto por los derechos adquiridos de los servidores del Estado, tanto del régimen general, como de los regímenes especiales, lo mismo que desatiende la perentoria prescripción contemplada en la misma ley que señala que en ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.” Así mismo, consideró que “ (…) el artículo 25 del Decreto 043 de 1999 viola el artículo 4° de la Ley 4ª de 1992 que dispone, que con base en los criterios y objetivos contenidos en el artículo 2° de la misma ley, el Gobierno Nacional, dentro de los primeros diez días del mes de enero de cada año, modificará el sistema salarial correspondiente a los empleados enumerados en el artículo 1° literal a), b) Y d), aumentando sus remuneraciones.

Tal modificación también puede comprender el régimen de viáticos, los gastos de representación y comisiones. No autoriza la ley al Gobierno Nacional para que en dicho Decreto modifique el sistema pensional, ni general, ni especial, menos para desmejorarlo ni imprimirle efectos retroactivos corno lo hace en el Decreto demandado. Si la ley no tiene efectos retroactivos, menos los puede tener un Decreto de esta naturaleza, que dentro de la jerarquía del ordenamiento jurídico, es inferior.” La Sala Plena del Consejo de Estado accedió a las pretensiones del ciudadano y declaró la nulidad de la expresión “ (...) que a 1° de abril de 1994 desempeñaban sus cargos en propiedad y cumplían las condiciones

previstas por el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993", contenida en el primer inciso del artículo 25 del Decreto 043 de 1999. Lo anterior, al considerar que tal exigencia no estaba contenida en la ley y en razón a que sólo el legislador podía establecer este tipo de requisitos.

"PRIMERO. Declárese la nulidad de la expresión "... que a 1° de abril de 1994 desempeñaban sus cargos en propiedad y cumplían las condiciones previstas por el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, contenida en el primer inciso del artículo 25 del Decreto 043 de 1999.

En consecuencia, el citado artículo quedará así: 'Los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, los procuradores delegados ante las Corte Suprema de Justicia y ante el Consejo de Estado podrán pensionarse teniendo en cuenta los mismos factores y cuantías de los Senadores de la República y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas vigentes'.

Los Magistrados señalados en el inciso anterior podrán también pensionarse cuando reúnan los requisitos de edad y tiempo señalados para los Congresistas en el parágrafo del artículo 3° del Decreto 1293 de 1994." Algunas consideraciones realizadas por el Consejo de Estado en la citada sentencia fueron:

"El Decreto 104 del 13 de enero de 1994, por el cual se dictan unas disposiciones en materia salarial y prestacional para la Rama Judicial del Ministerio Público y de la Justicia Penal Militar, en su artículo 28 señaló lo siguiente:

'A los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se les reconocerán los pensiones teniendo en cuenta los mismos factores salariales y cuantías de los Senadores de la República y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas legales vigentes'.

Lo anteriormente expuesto, explica las razones por las cuales a los Magistrados de las Altas Cortes se les ha venido aplicando el mismo régimen especial de pensiones que a los Senadores y Representantes o la Cámara.

De otra parte, para la Sala fluye con claridad que la Ley 100 de 1993 mantuvo vigente el régimen especial de pensiones para los Senadores y Representantes, aplicable por extensión a los Magistrados de las Altas Cortes, pues así lo dispuso el artículo 273 trascrito.

A partir de la expedición del Decreto 104 del 13 de enero de 1994 y hasta el año 1998 inclusive, el Gobierno Nacional expidió sucesivos decretos, reiterando que a los Magistrados de la Altas corporaciones de Justicia se les reconocerían las pensiones teniendo en cuenta los mismos factores salariales y cuantías que a los Senadores y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas legales vigentes.

Tales decretos fueron los siguientes: 47 de 1995 artículo 28; 34 de 1996 artículo 28; 47 de 1997 artículo 25; 65 de 1998 artículo 25. En todos ellos se expresó que los Magistrados mencionados "Se les reconocerán las pensiones teniendo en cuenta los mismos factores y cuantías de los Senadores y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas legales vigentes" Fue solo el Decreto 043 de 1999 en cuyo artículo 25 - demandado - se condicionó el reconocimiento de la pensión a que tales funcionarios debían cumplir además las condiciones señaladas en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 edad, tiempo de servicio o cotizaciones) y también, estar desempeñando los cargos en propiedad al 1° de abril de 1994.

Ninguno de tales condicionamientos se encontraban en las normas superiores vigentes pues el Decreto 104 de 1994 se limitó a disponer que a los Magistrados de la Altas Cortes se les debían reconocer las pensiones teniendo en cuanta los mismos factores salariales y cuantía de los Senadores de la República y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas legales vigentes, vale decir, las contenidas en los artículos 6 y 6 del Decreto 1359 de 1993.

La norma cuestionada exige que para que tales Magistrados accedan a la pensión teniendo en cuenta los mismos factores y cuantías de los Congresistas, debían desempeñar los cargos en propiedad a 1° de abril de 1994 y cumplir las

condiciones previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al incluir requisitos nuevos no previstos en la Ley para acceder al beneficio especial acerca de la forma de liquidar las pensiones de jubilación, incurre en contradicción con el ordenamiento superior, pues ninguna norma lo dispone y dicho régimen por comprender aspectos de seguridad social, su regulación es de competencia del legislador, dado que el artículo 48 de la Carta Política dispone que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se presta con observancia de los principios en ella señalados, en los términos que establezca lo Ley.

Ya la jurisprudencia del Consejo de Estado ha fijado, los alcances de la expresión "... será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados..." a que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para diferenciar aquel requisito del que le introduce el decreto acusado "...desempeñaba sus cargos en propiedad el 1° de abril de 1994".

En efecto, en sentencia de agosto 31 de 2000, expediente No. 16.717, la Sección Segunda de la corporación al resolver la acción pública de nulidad dirigida contra el Decreto Reglamentario 813 de 1994, en uno de sus apartes expreso:

"El "régimen anterior al cual se encuentren afiliados" exigido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede ser entendido como sinónimo de vínculo laboral vigente, ya que es posible que antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, se tengan quince (15) o más años de servicios cotizados y por circunstancias, a la entrada en vigencia del régimen, el interesado no tenga por vínculo laboral. Esta hipótesis no podría entenderse como un impedimento para acceder al beneficio que establece la Ley, El "régimen anterior al cual se encuentren afiliados" hace referencia a servicios prestados o cotizados antes de la entrada en vigencia del régimen establecido en la Ley 100 de 1993, no al vínculo laboral vigente en ése momento".

Las razones que anteceden permiten concluir que la disposición acusada, expedida en el año 1999 se ocupe de una materia propia del legislador, estableciendo nuevos requisitos no consagrados en las normas superiores para la asimilación de los factores salariales y cuantías que se deben tener en cuenta para el cálculo de las pensiones de los Senadores y representantes a las que les corresponda devengar a los Magistrados de las Altas Cortes.

En consecuencia, se declarará la nulidad del inciso 1° del artículo 25 del Decreto 043 de 1999 en el segmento que dice "... que al 1° de abril de 1994 desempeñaban sus cargos en propiedad y cumplían las condiciones previstas por el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993" (negrillas y subrayas agregadas).

3.9.4.3. Esta misma posición fue acogida en sede de tutela, especialmente cuando esta Corporación ordenó el reconocimiento de las pensiones de Magistrados de las Altas Cortes bajo el régimen especial, aun cuando tomaron posesión de los cargos en una fecha posterior al 1° de abril de 1994. Así, en la Sentencia T-483 de 2009 [201] , la Corporación consideró que se presentaba una vía de hecho por parte de Cajanal al exigir a un ex Magistrado haber estado vinculado como tal al momento de entrar en vigencia la Ley 100. Sobre el particular dijo expresamente:

"En el caso concreto, al momento de entrar en vigencia el decreto 1293 de 1994 (24 de junio de 1994), el peticionario contaba con 42 años de edad y 19 años, 4 meses y 11 días laborados, tal y como el mismo Cajanal admite en el texto de su resolución núm. 37419 del 6 de agosto de 2008.

La vía de hecho se configura porque Cajanal considera que el peticionario debía contar con 20 años de servicios continuos a 20 de junio de 1994, cuando lo cierto que el artículo 2º del decreto 1293 de 1994 prescribe que para ser beneficiario del régimen pensional especial de los congresistas se precisa que a 1º de abril de 1994 la persona contase con 40 años de edad si son hombres, o treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres, y "Haber cotizado o prestado servicios durante quince (15) años o más." Aunado a lo anterior, es preciso tener en cuenta que el mencionado decreto opera un reenvío hacia el decreto 1359 de 1993, en lo que atañe a la forma de liquidar la pensión.

En este orden de ideas, es evidente que Cajanal incurrió en una vía de hecho administrativa, por cuanto inaplicó las normas legales pertinentes al momento de reconocer y liquidar una pensión de vejez.” Esta posición fue reiterada en las sentencias T-631 de 2002 [202] y T-771 de 2010 [203] , entre otras.

3.9.4.4. No obstante, en la reciente Sentencia T-353 de 2012 [204] , la Sala Séptima de Revisión hace un cambio en esta posición al considerar que la misma se traduce en una desnaturalización del régimen de transición.

4. EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD 4.1. OBJETO DE ESTA SENTENCIA 4.1.1. Alcance del control constitucional rogado de las leyes La Constitución confirió a la Corte Constitucional muy amplios poderes en orden a preservar la supremacía y la integridad del ordenamiento superior. Sin embargo, como elemento de garantía del sistema y de preservación del principio de separación de poderes, cuando la Corporación conoce de una demanda ordinaria de inconstitucionalidad, no puede ejercer un control oficioso sobre la constitucionalidad de todo el precepto u otras disposiciones, sino que su análisis debe circunscribirse a la norma acusada y a los cargos propuestos por el demandante.

En este caso, los demandantes solicitan a la Corte declarar que el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 es contrario al derecho a la igualdad y al Acto Legislativo 01 de 2005. La disposición acusada, prevista inicialmente para los Congresistas, es aplicable igualmente a otros servidores públicos en virtud de distintas normas; entre ellos se encuentran los Magistrados de Altas Cortes -artículo 28 del Decreto 104 de 1994- y ciertos funcionarios de la Rama Judicial, el Ministerio Público y órganos de control, como el Procurador General de la Nación –artículo 25 del Decreto 65 de 1998-, el Fiscal General de la Nación, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, y los Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado –artículo 25 del Decreto 682 del 10 de abril de 2002-.

En este orden de ideas, el análisis de constitucionalidad que se llevará a cabo en esta providencia se circunscribe al régimen pensional especial previsto en el precepto censurado, el cual es aplicable a los Congresistas y los demás servidores ya señalados. Por tanto, en este fallo no se abordará la constitucionalidad de otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de las profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de los trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestos por convenciones colectivas, entre otros [205] . En consecuencia, lo que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados.

La anterior aclaración se soporta en varias razones: En primer lugar y como indicó la Sala, la acción pública tiene un carácter rogado, por tanto, sería contrario a la configuración constitucional de la acción que este Tribunal extendiera su análisis a otros regímenes dispuestos por disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4 de 1992. En segundo lugar, cada régimen especial cuenta con una filosofía, naturaleza y características específicas, sin que sea posible extender de forma general lo aquí analizado en relación con el régimen especial de Congresistas. En efecto, todos los regímenes especiales, precisamente al ser especiales, son distintos entre sí y por tanto, ameritan cada uno un análisis diverso.

Por estas mismas razones, no es procedente la integración normativa con disposiciones legales que establecen o regulan otros regímenes especiales, ni con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que consagra el régimen de transición. Cabe señalar frente a este último, que la demanda de inconstitucionalidad propuesta por los ciudadanos no tiene por objeto atacar la existencia misma del régimen de transición, sino del régimen especial dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992.

4.1.2. Los cargos formulados por los demandantes Para los demandantes, el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 desconoce los artículos 13 y 48 de la Constitución Política.

4.1.2.1. Respecto a la violación del artículo 13 , formulan cuatro argumentos: 4.1.2.1.1. Argumentan que la norma, en abierta contradicción con la filosofía de las acciones afirmativas, favorece a personas con altos ingresos, es decir, a un grupo que es privilegiado, a pesar de que el Constituyente ha ordenado que las acciones estatales de promoción deben dirigirse a la población menos favorecida.

4.1.2.1.2. Sostienen que al ordenar el establecimiento de un régimen especial de pensiones para Congresistas y Magistrados, se transgrede el mandato constitucional de dar un tratamiento igualitario a todas las personas.

4.1.2.1.3. Manifiestan que la disposición prevé también un tratamiento diferenciado injustificado, ya que establece una excepción a la regla según la cual para pensionarse es imperativo el supuesto de haber trabajado, aún más, de haber contribuido al Sistema General de Seguridad Social, que está compuesto por los aportes provenientes del trabajo desarrollado por todos. En este orden de ideas, exponen, el régimen actual previsto para los Congresistas y Magistrados vulnera el principio de igualdad, pues, sin importar el valor de los aportes realizados por quien pretenda pensionarse en este régimen, se le garantiza una mesada que se cuenta entre las más altas del sistema. En otras palabras, aducen, " por el sólo hecho de pensionarse en este especial régimen el presupuesto general de todos los colombianos le garantiza al beneficiario, sin consideración alguna a 'los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones', una pensión millonaria, tratamiento que no se le da a ninguna otra persona ".

4.1.2.1.4. Señalan además que las pensiones obtenidas en virtud del régimen especial de Congresistas y Magistrados cuentan con un privilegio injustificado que consiste en el aumento anual de conformidad con el salario mínimo, mientras las demás pensiones se ajustan en relación con el índice de precios al consumidor, (IPC).

4.1.2.2. En cuanto a la trasgresión del artículo 48, los demandantes exponen los siguientes cargos: 4.1.2.2.1. Aducen que esta disposición constitucional fue adicionada por el Acto Legislativo No. 01 de 2005 que consagra que "… no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la Fuerza Pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo ", y por tanto, actualmente no existe ninguna razón constitucional que justifique un tratamiento desigual entre la generalidad de los ciudadanos y los Congresistas, Magistrados y demás servidores a quienes resulta aplicable el precepto demandado, concediéndoles a estos últimos que sus pensiones sean liquidadas con base en lo devengado en el último año de servicios.

4.1.2.2.2. A la luz de lo expuesto, alegan que el inciso decimosegundo del artículo 48 de la Carta, adicionado por el Acto Legislativo No. 01 de 2005, señala: " Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones".

En consecuencia, afirman, el artículo 17 contradice el contenido del artículo 48 cuando fija la mesada sin consideración alguna a los factores con que cada beneficiario del régimen especial hubiese cotizado.

4.1.2.2.3. Consideran que la aplicación del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, quebranta el principio de sostenibilidad financiera que el Estado debe garantizar en el sistema pensional, contenido en el mencionado artículo 48, por cuanto, si no se retira del ordenamiento jurídico la norma acusada, el Estado enfrentará una escasez de los recursos públicos y, por tanto, no asegurará el disfrute del derecho a la seguridad social de todos los colombianos.

4.1.2.2.4. Concluyen los actores que las reglas especiales pensionales previstas en la norma demandada no cumplen con ninguno de los preceptos contenidos en el Acto Legislativo 01 de 2005, pues sólo se fundamentan en una concesión a los Congresistas y Magistrados, en atención a consideraciones que escapan del sistema autorizado por la Constitución en materia pensional. Sumado a lo anterior, la justificación de dicho régimen que descansaba en la importancia de la función que cumplían los beneficiarios de éste, con la modificación introducida por el Constituyente en el año 2005, ya no puede tenerse como válida.

4.1.3. Posibilidad de ejercer control constitucional de un precepto legal según el derecho viviente Con el fin de adelantar el análisis de constitucionalidad, esta Sala considera necesario no sólo examinar el texto del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, sino también sus contenidos normativos teniendo en cuenta la manera como la disposición está siendo aplicada, ya sea por las autoridades administrativas o por los jueces.

4.1.3.1. Ha sostenido esta Corporación que reconocerle valor jurídico al derecho viviente dentro del juicio de inconstitucionalidad de las leyes, esto es, a la labor interpretativa que de las disposiciones realizan los jueces, las autoridades administrativas y la doctrina, y que determina su margen de aplicación en el contexto social, constituye una garantía de imparcialidad, efectividad y seguridad del examen que realiza la Corte, ya que permite establecer con claridad cuál es el verdadero alcance de la norma examinada, tomando conciencia clara de la regla de derecho que va a ser confrontada con la Constitución Política.

Ello, bajo la consideración de que " el control de constitucionalidad está llamado a cumplirse sobre el texto de la norma demandada que se encuentra produciendo efectos jurídicos y que es oponible a los destinatarios de la ley, y en ningún caso sobre aquellos contenidos que carecen de eficacia y que son del todo intrascendentes en el mundo del derecho.

Por otra parte, la doctrina del derecho viviente evita que la Corte Constitucional se pronuncie sobre contenidos normativos eventuales e hipotéticos, al concentrar su atención en el sentido real de los preceptos controlados, lo cual evita el riesgo de declarar inexequibles disposiciones cuyo significado viviente es compatible con la Carta, lo cual representaría un ejercicio inadecuado de sus funciones" [206] .

En torno a este punto, viene sosteniendo la Corporación que aun cuando el control constitucional de las leyes no se genera a partir de una concepción casuística o de la simple aplicación a situaciones particulares y concretas, es incuestionable que, para efectos de fijar la concordancia de los contenidos normativos acusados con la totalidad del ordenamiento Superior, resulta relevante el contexto real dentro del cual viene siendo aplicada e interpretada [207] . Ha dicho la Corte en forma expresa:

"El cumplimiento efectivo de la misión institucional que le ha sido confiada a la Corte Constitucional como guardián de la integridad y supremacía de la Constitución, requiere que ésta se pronuncie sobre el sentido real de las normas controladas, no sobre su significado hipotético. De lo contrario, podría declarar exequible una norma cuyos alcances y efectos son incompatibles con la Constitución, lo cual haría inocuo el control. En el mismo sentido, al suponer un determinado sentido hipotético de la norma en cuestión, podría declarar inexequibles disposiciones cuyo significado viviente es compatible con la Carta, lo cual representaría un ejercicio inadecuado de sus funciones".

[208] Cabe de igual manera aclarar que para que la jurisprudencia y la doctrina adquieran el carácter de derecho viviente, es necesario que se cumplan ciertas exigencias o requisitos. De acuerdo con lo señalado en la Sentencia C-557 de 2001 [209] , reiterada por la sentencia C-426 de 2002 [210] , puede considerarse que constituye derecho viviente " la interpretación jurisprudencial y doctrinal:

(i) que sea consistente , aun cuando no sea idéntica y uniforme, y salvo que resulte abiertamente contradictoria, caso en el cual no puede hablarse de una regla normativa generalmente acogida; (ii) que esté plenamente consolidada o afianzada , como se mencionó, una sola opinión doctrinal o una decisión judicial de los órganos de cierre de la respectiva jurisdicción -Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado-, no alcanza a conformar un criterio dominante de interpretación; y que sea relevante o significativa , en cuanto permita señalar el verdadero espíritu de la norma o determinar sus alcances y efectos." 4.1.4.

El contenido del artículo acusado a la luz del derecho viviente En este caso, el artículo 17 acusado ordena al Gobierno Nacional establecer un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones para los Representantes y Senadores, bajo las siguientes condiciones:

(i) las pensiones, reajustes y sustituciones se fijarían en una cuantía no inferior “al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el Congresista”, (ii) las pensiones, reajustes y sustituciones tendrían un incremento igual al del salario mínimo legal y (iii) las pensiones, reajustes y sustituciones se liquidarían “teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decrete la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva”.

A la luz del derecho viviente debe analizarse no sólo el texto del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, sino también las normas que lo desarrollan y las interpretaciones administrativas y judiciales que se han realizado del mismo, con el fin de determinar si el régimen, tal y como se encuentra actualmente configurado, resultan compatibles con los principios y directrices constitucionales, específicamente con los artículos 13 y 48 superiores, este último adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005.

4.1.4.1. El texto de la disposición acusada En desarrollo del literal e) del numeral 19 del artículo 150 constitucional, el Legislador expidió la Ley 4 de 1992 que, en su artículo 17, dispuso que el Gobierno Nacional fijaría el régimen de pensiones, reajustes y sustituciones para los Representantes y Senadores, atendiendo a los siguientes lineamientos:

(i) Las pensiones, reajustes y sustituciones se fijarían en una cuantía no inferior “al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el Congresista”.

(ii) Las pensiones, reajustes y sustituciones tendrían un incremento igual al del salario mínimo legal. (iii) Las pensiones, reajustes y sustituciones se liquidarían “teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decrete la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva”.

4.1.4.2. Desarrollo reglamentario En ejercicio de las facultades ya referidas y conforme a los lineamientos señalados en la norma antes trascrita, el Gobierno Nacional expidió los Decretos 1359 de 1993, 1293 de 1994 y 816 de 2002. Según estos preceptos, el régimen al que da lugar el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 otorga las siguientes condiciones especiales :

(i) Tasa de reemplazo e ingreso base de liquidación: Se establecen los consagrados por los artículos 5 del Decreto 1359 de 1993 y 11 del Decreto 816 de 2002, estos son, el 75% del ingreso mensual promedio del último año que por todo concepto devenguen los Congresistas en ejercicio, a la fecha en que se decrete la prestación [211] .

(ii) Edad: El artículo 7 del Decreto 1359 de 1993 mantiene la edad señalada por el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, es decir, 55 años. También debe tenerse en cuenta lo previsto por el artículo 3 del Decreto 1293 de 1994, el cual dispone que para los Congresistas elegidos para la legislatura que terminaba el 19 de julio de 1994, que tuvieran 20 años de servicio público o privado, la edad de jubilación es de 50 años, de conformidad con el artículo 2 del Decreto 1723 de 1964.

(iii) Tiempo de servicios: de conformidad con lo establecido en el artículo 7 del Decreto 1359 de 1993, se requiere que el Congresista cumpla o haya cumplido 20 años de servicios, continuos o discontinuos en una o en diferentes entidades de derecho público incluido el Congreso de la República, o que los haya cotizado en el sector privado ante el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, siempre que acredite una vinculación al Congreso de la República con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100.

4.1.4.3. Desarrollo jurisprudencial Por otro lado, los elementos de este régimen especial, específicamente, sus beneficiarios, el ingreso base y los factores de liquidación, así como el tope en el valor, han sido interpretados por las autoridades judiciales.

A continuación se hará referencia a las interpretaciones introducidas por vía judicial: 4.1.4.3.1. Beneficiarios La Sentencia C-596 de 1997 señaló de forma categórica que para ser beneficiario de un régimen especial en razón del régimen de transición, resultaba absolutamente necesario estar afiliado a éste al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, es decir, al 1° de abril de 1994.

En dicha providencia, la Corporación estudió la constitucionalidad del inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, específicamente la expresión " al cual se encuentren afiliados ". La norma demandada señalaba que los beneficiarios del régimen de transición tendrían derecho a que se les aplicara " el régimen anterior al cual se encuentren afiliados" .

En el problema jurídico se estudió si dicha expresión , contenida en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, era violatoria del principio de favorabilidad y si establecía una discriminación entre quienes al momento de entrar en vigencia el nuevo Sistema de Seguridad Social Integral (Ley 100 de 1993), a pesar de cumplir los requisitos establecidos, no se encontraran en ningún régimen o lo estaban en uno menos beneficioso.

La Sala Plena de la Corte Constitucional , tal y como se desarrolló en la parte motiva de esta providencia, indicó varias razones por las cuales la expresión era exequible. En primer lugar, adujo que un régimen de transición busca proteger la expectativa cierta de aquél que se ve perjudicado por el cambio normativo. Por esta razón, resulta absolutamente necesario que efectivamente el beneficiado estuviera en él al momento de entrar a regir la Ley 100, de lo contrario, no existía ninguna expectativa que proteger.

En este mismo orden de ideas, el pleno de la Corporación defendió que el principio de favorabilidad tiene aplicación sólo cuando se tiene expectativa frente a un derecho y, por tanto, no podría predicarse que la normativa pueda proteger situaciones inciertas.

No obstante, posteriormente, el Consejo de Estado, al estudiar una acción de nulidad contra el artículo 25 del Decreto 043 de 1999 que extiende los beneficios pensionales a favor de los Magistrados de las Altas Cortes, adoptó la tesis contraria y señaló que para ser beneficiario de un régimen especial, no resulta necesario estar inscrito en él al 1 de abril de 1994, incluso procede si se inscribe en forma posterior. La decisión fue adoptada por la Sala Plena en Sentencia del 18 de noviembre de 2002 con ponencia del conjuez ponente Pedro Charria Angulo.

Esta misma posición fue acogida en sede de tutela, especialmente cuando esta Corporación ordenó el reconocimiento de las pensiones de Magistrados de las Altas Cortes bajo el régimen especial aun cuando tomaron posesión de cargos en una fecha posterior al 1° de abril de 1994, como ocurrió en las sentencias T-483 de 2009 [212] , T-631 de 2002 [213] y T-771 de 2010 [214] , entre otras.

Es conlusión, (i) la Ley 100 de 1993 exigía que para que una persona fuera beneficiaria de un régimen especial se requería, para efectos de la transición, que estuviera afiliado al mismo al 1 de abril de 1994, (ii) esta condición fue declarada exequible por la Corporación en la Sentencia C-596 de 1997, (iii) el Gobierno Nacional, mediante el Decreto 043 de 1999, reiteró tal condición para que los Magistrados de las Altas Cortes fuesen beneficiarios del régimen contenido en la Ley 4 de 1992, (iv) no obstante, el Consejo de Estado en sentencia del 18 de noviembre de 2002 declaró nula esta condición, y (v) la posición del Consejo de Estado ha venido siendo reiterada por algunas Salas de Revisión de la Corte Constitucional.

4.1.4.3.2. Ingreso base de liquidación El artículo 17 de la Ley 4 de 1992 dispone que las pensiones, reajustes y sustituciones de los beneficiarios del régimen especial de Congresistas y Magistrados, y demás funcionarios a los que le es aplicable, deben establecerse en una cuantía no inferior "al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el Congresista".

Es decir, el IBL previsto por el precepto acusado es el “ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto” , perciba el beneficiario.

Algunas Salas de Revisión de la Corte Constitucional [215] y el Consejo de Estado [216] han venido defendiendo la tesis de la integralidad en la aplicación de los regímenes de transición frente a la determinación del IBL. Sobre el particular, han considerado que en el momento de la determinación del IBL debe aplicarse las normas especiales de cada régimen especial, y sólo en forma supletiva se aplica el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de lo devengado en los diez últimos años de servicio. Lo anterior se fundamenta en las siguientes razones:

Se ha señalado que el régimen de transición, como excepción a las reglas generales del sistema de pensiones, tiene como fundamento, de un lado, la protección de las expectativas y la confianza legítima a partir del principio de buena fe, y de otro, la garantía de los derechos adquiridos en el tránsito de una legislación a otra.

También se ha sostenido que el principio de favorabilidad en materia laboral reconocido en el artículo 53 de la Carta, impone el deber al juez constitucional de elegir la interpretación de un precepto –de orden legal o constitucional- más favorable para los intereses del trabajador, en este caso, pensionado. En este orden, la interpretación más favorable del artículo 36 de la Ley 100 es aquella según la cual se deben aplicar todas las reglas de los regímenes especiales a los beneficiarios del régimen de transición.

Por otra parte, la Corporación ha sostenido que las disposiciones que regulan los regímenes pensionales, específicamente las reglas sobre edad, tiempo, tasa de reemplazo, IBL, topes y factores salariales, forman una unidad inescindible y, por tanto, deben aplicarse en su totalidad a los beneficiarios del régimen. En este orden de ideas, se ha precisado que la Administración sólo puede aplicar las reglas generales de Ley 100, especialmente en materia de IBL, topes y factores salariales, cuando expresamente el régimen pensional anterior no haya establecido alguno de ellos.

Finalmente, se ha indicado que el término monto al que se refiere al inciso segundo del artículo 36 comprende tanto la tasa de reemplazo –porcentaje- como el IBL, pues la primera indefectiblemente debe ser aplicada junto con el segundo para poder establecer el monto de una pensión.

En resumen, debido a la anterior doctrina, aún hoy se sigue aplicando el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 en lo relativo a IBL, es decir, el IBL que se tiene en cuenta a los beneficiarios es el promedio de lo devengado en el último año de servicios.

4.1.4.3.3. Factores de liquidación El artículo 17 de la Ley 4 de 1992 en relación con los factores de liquidación, dispone: “PARÁGRAFO. La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decrete la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva.

Es decir, la norma demandada permite que la liquidación de la pensión de los Congresistas, aplicable a los Magistrados y a otros altos funcionarios, se haga sobre la base de los ingresos que por todo concepto reciban los beneficiarios.

Es preciso aclarar que la Sentencia C-608 de 1999 condicionó la norma y dijo que no puede tenerse en consideración cualquier rubro recibido por el pensionado sino sólo aquellos que tienen un carácter remunerativo de las actividades laborales que se desarrollan. También condicionó la exequibilidad del artículo 17 a que el ingreso de referencia debía ser el efectivamente recibido por el peticionario de la pensión. De igual manera, indicó que no es posible tomar tan sólo unos cuantos meses para proceder a su liquidación, sino que debe (i) tenerse en consideración lo devengado por cada Congresista y (ii) tiene derecho quien ha laborado en el Congreso al menos un año. En los términos de la Sentencia C-608 de 1999:

“La norma demandada se ocupa de tres aspectos que merecen un análisis a partir de estas consideraciones. El primero de ellos es el de la base para calcular la pensión, el reajuste o la sustitución pensional. La Constitución en su artículo 187 emplea el término "asignación", lo cual permite tomar como base elementos adicionales al salario. Sin embargo, éstos deben tener carácter remunerativo de las actividades que realizan los congresistas en el ejercicio de su función de representación política. Esta comprende diversas acciones de intermediación política, de deliberación y de participación en la articulación de intereses sociales, que implican, por ejemplo, contacto personal con ciudadanos. Además, el derecho a la seguridad social, al ser individual, requiere que la apreciación de la pensión, el reajuste o la sustitución pensional sea efectuada de manera igualmente individual, atendiendo al ingreso de cada Congresista a lo largo del período determinado por el legislador. El respeto a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad reafirman lo anterior, en la medida en que ello permite fijar reglas y criterios tendientes a asegurar la viabilidad del sistema pensional, condición indispensable del goce efectivo de este derecho por las actuales y futuras generaciones (art. 2 C.P.).

El segundo aspecto tiene que ver precisamente con el período de referencia para calcular el ingreso mensual promedio de cada Congresista. El legislador en las normas demandadas estima que éste debe corresponder al "último año".

De tal forma que el período para calcular el monto de la pensión no puede ser uno diferente mientras el legislador no modifique esta norma. Tomar tan sólo unos cuantos meses en unos casos, además de ser contrario a la ley, crearía una desigualdad entre los mismos miembros del Congreso, carente de justificación.

El tercer aspecto es el del monto de la pensión como proporción de la asignación. El legislador goza en este campo de un amplio margen de apreciación, como lo ha sostenido la Corte reiteradamente. Las normas demandadas establecen el mínimo del 75%, que parece razonable habida cuenta de los criterios que justificaron la creación del régimen pensional especial para los miembros de la Rama Legislativa.

Con base en las expuestas consideraciones, el precepto demandado debe ser declarado exequible, pero su exequibilidad se condicionará en los siguientes aspectos:

1. Las expresiones "por todo concepto", usadas en el texto del artículo 17 y en su parágrafo, no pueden entenderse en el sentido de que cualquier ingreso del Congresista -aun aquéllos que no tienen por objeto la remuneración de su actividad, que primordialmente es de representación política, como ya se dijo- sea considerado dentro de la base sobre la cual se calcula el monto de la pensión.

La Corte Constitucional estima que sólo pueden tener tal carácter los factores que conforman la "asignación" del Congresista, a la que se refiere expresamente el artículo 187 de la Constitución. Ella tiene un sentido remuneratorio dentro de un régimen especial, proveniente de la actividad del miembro del Congreso en el campo de la representación política y de la dignidad propia del cargo y las funciones que le son inherentes.

Tal "asignación", que tiene un alcance y un contenido mucho más amplio que el puramente salarial, no comprende simplemente el ingreso periódico restringido al concepto de sueldo básico, sino que alude a un nivel de ingreso señalado al Congresista en razón de su papel y sus funciones, cuyas partidas en concreto dependen de la definición que haga el Gobierno en desarrollo de la Ley Marco.

Pero tampoco puede incluir aspectos ajenos a la retribución que el Congresista percibe, la cual debe estructurarse en términos de razonabilidad y proporcionalidad, de acuerdo con las especiales funciones que la Carta Política atribuye a senadores y representantes.

Según eso, todas aquellas sumas que corresponden a salario, a primas, y a otras erogaciones integrantes de la "asignación", pueden constituir -depende de las determinaciones que adopte el Ejecutivo al desarrollar las pautas y

lineamientos trazados por el Congreso- base para liquidar la mesada pensional. En cambio, están excluidas de ese conjunto las que, al no gozar de un sentido remuneratorio, pagan servicios ajenos a la asignación.

La Corte se abstiene de señalar de manera específica los componentes que pueden incorporarse dentro de esa base, pues, de conformidad con lo previsto en el artículo 150, numeral 19, literal e), de la Constitución, es el Presidente de la República quien debe efectuar tales precisiones.

2. Tanto en el texto del artículo 17, que establece el mínimo de la pensión, como en su parágrafo, relativo a la liquidación de pensiones, reajustes y sustituciones, se alude a la base del ingreso mensual promedio que durante el último año, y por todo concepto, perciba el Congresista en la fecha en que se decrete la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva.

Aunque, a juicio de la Corporación, esas reglas no se oponen a los mandatos constitucionales ni rompen el principio de igualdad, como lo afirma el actor, pues, en su carácter especial, resultan adecuadas a las condiciones dentro de las cuales se ejerce la actividad legislativa, debe precisarse que una cosa es el último año de ingresos como punto de referencia para la liquidación de las cuantías de pensiones, reajustes y sustituciones -lo que se aviene a la Carta- y otra muy distinta entender que el concepto de ingreso mensual promedio pueda referirse a la totalidad de los rubros que, de manera general y abstracta, han cobijado a todos los miembros del Congreso.

En efecto, lo razonable, dentro de criterios de justicia, es que el indicado promedio se establezca en relación directa y específica con la situación del Congresista individualmente considerado, es decir, que él refleje lo que el aspirante a la pensión ha recibido en su caso, durante el último año. Y ello por cuanto sería contrario a los objetivos de la pensión y rompería un mínimo equilibrio, afectando el postulado de la igualdad, el hecho de que se pudiese acceder a la pensión, tomando el promedio que en general devengan los congresistas durante el mencionado período, si el promedio personal y específico es distinto, por ejemplo cuando el tiempo de ejercicio del Congresista cubre apenas unos pocos meses. En tal caso, el promedio de quien se pensiona debe comprender tanto lo recibido en su carácter de miembro del Congreso por el tiempo en que haya ejercido y lo que había devengado dentro del año con anterioridad a ese ejercicio.” En este orden de ideas, y tal como se señaló en la Sentencia C-608 de 1999 , para obtener el monto de la mesada en el régimen especial previsto en el precepto demandado, no puede tenerse en consideración cualquier rubro recibido por el pensionado sino sólo aquellos que tienen un carácter remunerativo de las actividades laborales que el peticionario de la pensión haya efectivamente recibido. De igual manera, no es posible tomar tan sólo unos cuantos meses para proceder a su liquidación.

Sin embargo, fallos del Consejo de Estado le han dado un alcance distinto al artículo 17 en lo que respecta a los factores de liquidación, tal y como fue señalado en la Sentencia C-608 de 1999. Estas decisiones continuaron tomando como referencia todos los rubros recibidos por los beneficiarios, sin tener en consideración si tenían carácter remunerativo del servicio, o la condición particular de cada uno, esto es, si fueron recibidos por cada favorecido.

Así, contrario a lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-608 de 1999 [217] , el Consejo de Estado ha optado por sostener que debe atenderse el contenido literal del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, en el sentido de que todo factor salarial debe ser tenido en cuenta al momento de liquidar la pensión solicitada.

Por ejemplo, en sentencia del 22 de junio de 2006 [218] , la Sección Segunda del Consejo de Estado indicó que la interpretación dada por la Corte Constitucional a dicho artículo constituye apenas un criterio auxiliar y que los jueces en sus decisiones están sometidos al imperio de la ley (art. 230 C.P.), por tanto, “no da margen para que se le fije un entendimiento diferente al previsto en la disposición legal:´ que durante el último año y por todo concepto devenguen los congresistas en ejercicio a la fecha en que se decrete la prestación.´ Señalarle un alcance diferente equivale a desatender el tenor literal de la ley a pretexto de desentrañar lo que no definió expresamente la Corte Constitucional en la citada sentencia.” [219] Bajo estos parámetros, el Consejo de Estado entiende que:

“(…) tanto el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 como el decreto reglamentario 1359 de 1993, al señalar la manera como debe establecerse el ingreso base de liquidación de la pensión, el reajuste o la sustitución de la misma, no dejan espacio dentro del cual quepa el menor asomo de duda, en el sentido de que ella no será inferior al ´… 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devenguen los congresistas en ejercicio a la fecha en que se decrete la prestación´…”.

[220] 4.1.4.3.4. Tope en el monto de las pensiones El artículo 17 de la Ley 4 de 1992 no establece un tope expreso en el valor mensual de las mesadas pensionales de los Congresistas y Magistrados, en otras palabras, guarda silencio al respecto. Ante el vacío del precepto, algunos operadores jurídicos han entendido que las pensiones de los beneficiarios del régimen especial no están sometidas a ningún tope, otros, por el contrario – como por ejemplo Cajanal, según obra en las pruebas remitidas- han considerado su aplicación general, lo que ha suscitado problemas en su interpretación, como a continuación se explica:

El establecimiento de topes no fue una figura novedosa dentro de nuestro sistema pensional; por el contrario, ya desde el año 1976, el ordenamiento jurídico los consagraba.

Por ejemplo, la Ley 4 de 1976, “ por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones ”, fijó un tope mínimo y máximo para las pensiones de origen público, éste último de 22 salarios mínimos mensuales. La norma consagró además que “ Las pensiones a que se refiere el Artículo anterior no podrán ser inferiores al salario mínimo mensual más alto, ni superiores a 22 veces este mismo salario .” Posteriormente, la Ley 71 de 1988 en su artículo 2 modificó tal disposición y consagró que “ Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual, ni exceder de quince (15) veces dicho salario; salvo lo previsto en convenciones colectivas, pactos colectivos y laudos arbitrales.” El artículo 18 de la Ley 100 estableció un tope de 20 smmlv para el ingreso base de liquidación de los afiliados al régimen de prima media. Al respecto, el artículo 18 señalaba en lo pertinente:

“Cuando se devengue mensualmente más de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes, la base de cotización podrá ser limitada a dicho monto por el Gobierno Nacional.

(…) PARÁGRAFO 3o. Cuando el Gobierno Nacional límite la base de cotización a veinte (20) salarios mínimos, el monto de las pensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida no podrá ser superior a dicho valor.” El Decreto 314 de 1994, en desarrollo del mencionado parágrafo, establece que las pensiones a cargo del Instituto de Seguros Sociales no podrán exceder los veinte (20) salarios mínimos legales. El artículo 35, por su parte, preceptúa que estas pensiones no pueden ser inferiores al valor del salario mínimo legal mensual vigente.

De esta manera, tenemos que los límites máximos de las pensiones de vejez y jubilación en la Ley 100 de 1993 tenían como límite superior el 85% del ingreso base de liquidación, sin que el monto de la pensión mensual exceda de veinte (20) salarios mínimos legales. De igual manera, antes de su expedición las mesadas pensionales de todos los funcionarios públicos, tenían como límite máximo el 75% de la base de liquidación, sin que la pensión mensual sobrepasara los quince (15) salarios mínimos, salvo lo estipulado en laudos arbitrales, pactos colectivos y convenciones colectivas, casos en los que estos montos podrían ser distintos.

En la Sentencia C-089 de 1997 [221] se realizó un análisis del tránsito legislativo en relación con los topes máximos de las pensiones. Allí se explicó que la sola existencia de un régimen especial no implica que las mesadas pensionales adquiridas bajo su amparo queden automáticamente excluidas de los topes consagrados en las normas generales. En dicha oportunidad, la Corporación estudió la constitucionalidad del artículo 35 de la Ley 100 de 1993 que consagraba que “ Las pensiones de jubilación reconocidas con posterioridad a la vigencia de la ley 4a. de 1992 no estarán sujetas al

límite establecido por el artículo 2o. de la ley 71 de 1988, que por esta ley se modifica, salvo en los regímenes e instituciones excepcionadas (sic) en el artículo 279 de esta ley ."

Sobre el particular adujo: “Es decir, el parágrafo acusado no puede excluir del beneficio que por él se crea, a los pensionados de los regímenes especiales, en la forma genérica como lo hizo, pues con ello se desconoce el derecho a la igualdad de quienes, a pesar de hallarse en un régimen especial, están sujetos al límite que establece la ley 71 de 1988.

Sin embargo, ha de entenderse que el límite que establece la ley 100 de 1993, será el límite máximo al que podrán aspirar los pensionados que se benefician con la prerrogativa que señala el parágrafo del artículo 35, es decir, los veinte (20) salarios mínimos, salvo si el régimen pensional al que están sometidos establece un límite mayor a éste .

Una interpretación diferente, conduciría a la existencia de un grupo de pensionados privilegiados, excluídos de los límites máximos que la ley ha previsto para el reconocimiento y valor de las pensiones.

Es síntesis, los pensionados de los regímenes especiales cuyo sistema pensional fije un límite máximo, superior al que consagra la ley 100 de 1993, no estarán sujetos a éste, pues la ley 100 no se les puede aplicar. Por el contrario, si esos límites son inferiores, tienen derecho a solicitar la aplicación de la ley de seguridad social, por ser más favorable a sus intereses.” Posteriormente, en la Sentencia C-155 de 1997 [222] , la Corporación resaltó la importancia del establecimiento de topes pensionales en aras de garantizar la distribución equitativa de los recursos limitados en seguridad social.

En la referida ocasión, la Corte estudió la consagración de topes pensionales previstos en los artículos 2º de las Leyes 4 de 1976 y 71 de 1988. Para el demandante ello contravenía los criterios de justicia, pues no existía justificación para que existieran regímenes diferentes, máxime si se tenía en consideración que la pensión no constituye una concesión graciosa a su beneficiario, si no que se define como un verdadero derecho laboral.

Para resolver el problema jurídico, la Sala consideró que “ el Estado debe garantizar el reajuste periódico de las pensiones y de los recursos en este campo, los cuales deben mantener su poder adquisitivo razón por la cual es menester que el legislador tenga en cuenta una realidad de trascendencia en este examen, los recursos económicos para satisfacer el pago de las mesadas pensionales, los cuales no son infinitos, sino que ellos son limitados; el legislador puede, por razones de política legislativa, señalar cuáles son los límites máximos y mínimos que deben implantarse para que las reservas de dinero destinadas al pago de las pensiones, tanto en el sector público como en el privado, no pierdan por un lado su capacidad adquisitiva, pero por otro garanticen y protejan los recursos existentes para el pago de las pensiones (C.P. art. 48 y 53).” Agregó la Corporación:

“La Corte considera que, dentro de ciertos límites, el legislador tiene libertad para determinar el monto y los alcances de los recursos a fin de lograr el mejor uso de los mismos, en un sistema solidario de seguridad social; es perfectamente legítimo que, la ley conceda un límite mínimo o máximo al monto de la pensión, si con ello se pretende administrar recursos limitados; en este orden de ideas, el monto de la pensión es un criterio relevante de diferenciación, por lo cual la Corte considera que la ley puede perfectamente, distinguir entre grupos de pensionados, pues no todos reciben la misma mesada, porque sus situaciones jurídicas son diferentes, como quiera que no son lo mismo los topes de pensiones de jubilación reconocidas con posterioridad a la vigencia de la Ley 4 de 1976, a las de la ley 71 de 1988 y las de la Ley 100 de 1993. En efecto, como bien lo señalan la vista fiscal y la autoridad pública interviniente, la situación económica y material de quienes perciben una pensión en esta materia no es la misma en virtud de la diversidad de regímenes jurídicos superpuestos.” En este orden de ideas, estimó la Corporación “ que las expresiones de las normas acusadas buscan un fin legítimo y utilizan unos criterios relevantes de diferenciación entre los pensionados, de acuerdo al objetivo perseguido. Además, el medio empleado es adecuado, pues al establecer unos topes máximos a la mesada pensional, el legislador protege los recursos existentes para el pago de las pensiones, a fin de asignarlos preferencialmente a aquellos

que se encuentran en una escala económica inferior. Ahora bien, “la Corte considera, que al limitar el monto máximo de la mesada pensional a quince (15) o a veintidós (22) salarios mínimos, según el caso, el legislador emplea una justificación objetiva, clara y razonable: dar especial protección a aquellos pensionados que devengan una pensión inferior a 15 salarios mínimos;

ello en virtud a que el derecho a la seguridad social se ve desarrollado a través del principio de solidaridad, para proteger la pérdida del poder adquisitivo de las pensiones y mantener el uso racional de los recursos económicos esencialmente limitados.” El artículo 18 de la Ley 100 fue modificado por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003, el cual elevó la base de cotización hasta el tope de 25 smmlv, y también fijo un límite a la cuantía de la pensión, al indicar:

“ El límite de la base de cotización será de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes para trabajadores del sector público y privado. Cuando se devenguen mensualmente más de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes la base de cotización será reglamentada por el gobierno nacional y podrá ser hasta de 45 salarios mínimos legales mensuales para garantizar pensiones hasta de veinticinco (25) salarios mínimos legales .” El Acto Legislativo 01 de 2005 acogió este criterio y dispuso que “ a partir del 31 de julio de 2010, no podrá causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigente, con cargo a recursos de naturaleza pública” .

No obstante la claridad en la interposición de límites a las mesadas pensionales de todos los funcionarios públicos, el Ejecutivo expidió el Decreto 816 de 2002, modificado por el Decreto 1622 del mismo año, que en su artículo 17 excluyó del cumplimiento de un tope a las mesadas pensionales de los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4, con la condición de que éstos accedieran a la pensión siendo congresistas o estando en los demás cargos a los que resulta aplicable. La norma dispuso:

“ La pensión de estos servidores no estará sujeta al límite de 20 salarios mínimos legales mensuales vigente previsto en el parágrafo 3o. del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se pensionen en calidad de congresistas, esto es que teniendo esta condición, cumplan los requisitos para adquirir el status de pensionado o que el último tiempo servido o cotizado fuere en esta calidad.

La tasa de cotización para los servidores de que trata este artículo será la establecida en el Régimen General de Pensiones, sin someterse al límite de 20 salarios mínimos legales mensuales vigente.

En todo caso, a partir de la vigencia del presente decreto, las pensiones de invalidez y sobrevivencia de todos los congresistas se someterán al Régimen General de Pensiones.” Es decir, en virtud del Decreto 816 de 2002, modificado por el Decreto 1622 del mismo año, las pensiones causadas de conformidad con el régimen especial de Congresistas no se encontraban sometidas a los topes señalados en el sistema general de pensiones, “ siempre y cuando se pensionen en calidad de congresistas” .

De igual manera, la interpretación judicial del Consejo de Estado se refería a que cuando el régimen especial no estableciera topes, ello no era aplicable -tal y como ocurre con el artículo 17 de la Ley 4 de 1992-. Sobre el particular dijo:

“Como lo ha expresado esta Corporación en reiterada jurisprudencia, la aplicación del régimen anterior incluye el atinente a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, pues son de su esencia. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconoce dicho beneficio, por lo que al establecer la cuantía de la pensión con base en otras disposiciones, se afecta el monto de la pensión y de paso se desnaturaliza el régimen.

Consolidado, entonces, el derecho pensional bajo el régimen especial previsto en el Decreto 546 de 1971, no resulta procedente acudir al texto general, no sólo por respeto al principio de inescindibilidad de la norma, sino porque ninguna

disposición prevé tal posibilidad.

La Ley 100 de 1993, es una norma de carácter general que en ninguna de sus disposiciones previó la aplicación de tope o límite para las pensiones especiales. De igual manera, la norma especial no estableció límite alguno, por el contrario, de manera expresa señaló que las pensiones de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público se liquidarían en cuantía equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicio.

Se concluye entonces que los beneficiarios del régimen especial no están sometidos a los denominados topes pensionales de que tratan los artículos 18 y 20 de la Ley 100 de 1993 y 5º y 7º de la Ley 797 de 2003, porque la norma especial aplicable no lo establece" [223] .

De lo anterior se deduce que (i) desde el año de 1976 todas las mesadas de los funcionarios públicos se encontraban sometidas a topes pensionales, (ii) el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 no consagró un límite máximo en el valor de la pensión, es decir, no existía claridad si las pensiones adquiridas de conformidad con este régimen estaban sometidas a las reglas generales sobre topes, (iii) a pesar de que la jurisprudencia constitucional sugería la aplicación general de límites, ciertas autoridades administrativas y algunas judiciales interpretaron que el régimen dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 no estaban sometido a ningún valor máximo.

4.1.4.3.5. Incrementos anuales El artículo 17 de la Ley 4 de 1992, hoy acusado, dispone además una forma especial de ajuste anual de las pensiones adquiridas bajo su amparo. La norma dispone que aquellas " se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal." Ello implica un trato diferente frente al dispuesto en el régimen general de pensiones consagrado en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, pues esta última disposición consagra que el incremento de las pensiones tanto del régimen de prima media como las de ahorro individual se hará según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor (IPC), certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, excepto para las pensiones cuyo monto sea el salario mínimo caso en el cual se reajustarán en el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno. Señala la norma:

" Artículo 14. Reajuste de Pensiones: Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobrevivientes, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente 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. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno."

En la Sentencia C-387 de 1994 [224] , esta Corporación estudió la constitucionalidad del artículo 14 de la Ley 100 de 1993. En dicha oportunidad, la Corte estableció varios criterios relevantes para el estudio de la norma ahora acusada.

Señaló la Corte que la diferencia de trato en relación con los ajustes pensionales, esto es, establecer que una clase de pensiones se reajustan con base en el IPC y otras de conformidad con el aumento anual en el salario mínimo, únicamente se encuentra justificada cuando el objeto es la protección de las clases menos favorecidas. Sobre el particular señaló:

"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." También afirmó que no existen derechos adquiridos a una determinada forma de ajuste pensional, sino que al ser una prestación periódica, el aumento debe sujetarse a lo consagrado en la ley. La providencia afirmó:

“Finalmente, debe aclararse al demandante que los pensionados, de acuerdo con la Constitución (art. 53), tienen derecho a que se les reajuste su pensión en la cuantía que determine la ley, sin que por ello se desconozca el artículo 58 ibidem, pues no hay derechos adquiridos sobre el factor o porcentaje en que se deben incrementar las pensiones, sino meras expectativas.

Por tanto, la ley bien puede modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales.” (Resaltado fuera del texto) Pese a lo anterior, en la actualidad se sigue aplicando el sistema de ajuste previsto en el texto de la disposición demandada, este es el “ porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal”.

4.1.4.4. Síntesis del contenido del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 a la luz del derecho viviente De todo lo anterior se concluye que el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, a la luz del derecho viviente, se ha configurado de conformidad con los siguientes aspectos:

(i) son beneficiarios del régimen especial de Congresistas y Magistrados, en virtud del régimen de transición, no sólo aquellos que al 1 de abril de 1994, momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993, ostentaban tal calidad, sino también aquellos que adquirieron con posterioridad tal dignidad (claro está con la condición que también se encontraran en el régimen general de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993), (ii) el ingreso base de liquidación aplicable es lo devengado durante el último año por todo concepto, y no los diez últimos años como lo consagraba el régimen general dispuesto en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, (iii) a pesar que la Sentencia C-608 delimitó el alcance de los factores de liquidación, algunas autoridades judiciales continuaron tomando como referencia todos los rubros recibidos por los Congresistas, sin tener en consideración ni su carácter remunerativo del servicio, ni lo referido a lo recibido específicamente por cada beneficiario del régimen , (iv) en la actualidad las mesadas pensionales no se encuentran sometidas a un tope y (v) su incremento anual se hace de conformidad con el aumento del salario mínimo, y no como lo señala el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993.

En este orden de ideas, la Sala procede a analizar la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, tanto en su tenor literal como a partir del alcance resultante del derecho viviente, con el fin de establecer su conformidad con los artículos 13 y 48 Superiores y el nuevo marco constitucional pensional establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005.

4.2. RESUMEN DEL PARÁMETRO DE CONTROL CONSTITUCIONAL 4.2.1. Como se indicó en apartes previos, en virtud de los principios de igualdad, solidaridad, dignidad humana y trabajo, el Estado Social de Derecho tiene un compromiso con la igualdad material, la garantía del mínimo vital de todas las personas, y la construcción de un orden económico y social justo, fines para los que la distribución equitativa de los recursos juega un papel fundamental.

En particular, el principio de igualdad exige, de un lado, no brindar tratamientos diferenciados injustificados a personas en una misma situación, y de otro, adoptar medidas de promoción a favor de los grupos débiles y vulnerables. Además, aunque en algunos casos se admiten tratamientos diferenciados, éstos no pueden conceder beneficios manifiestamente desproporcionados.

4.2.2. Una de las herramientas al servicio del Estado Social de Derecho es la creación de sistemas de seguridad social. A la luz del artículo 48 de la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la seguridad social es un derecho fundamental y un servicio público a cargo del Estado, cuyo objetivo es brindar prestaciones –en dinero o en especie- para proteger el mínimo vital de las personas cuando es amenazado por contingencias tales como la pérdida de capacidad laboral en razón de la vejez.

De conformidad con el artículo 48 Superior, la seguridad social debe regirse por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Además, el Estado tiene la obligación de ampliar progresivamente la cobertura del sistema, con énfasis en la población más pobre y vulnerable.

Como ya explicó la Sala, la universalidad se refiere al deber del Estado de garantizar el derecho y servicio de seguridad social a todas las personas sin discriminación;

la solidaridad, además de aludir a la obligación de contribuir a la financiación del sistema de acuerdo con las propias capacidades, guarda relación con la obligación de socorrer a los sectores más débiles y vulnerables, lo que en el sistema de pensiones se manifiesta, por ejemplo, en la existencia de mecanismos que permiten a las personas de más bajos ingresos –tanto de la generación actual como de otras generaciones- acceder a una pensión mínima; la eficiencia demanda el mejor uso de los recursos disponibles con miras a lograr los fines del sistema y elevar el bienestar de los afiliados y la población en general; y la obligación de ampliación de la cobertura , en conexidad con el principio de universalidad, hace referencia al deber del Estado de extender el sistema para cubrir a un mayor número de personas y brindar más y mejores prestaciones para proteger a la población frente a las contingencias previstas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

4.2.3. En 2005, el artículo 48 de la Carta fue adicionado de la siguiente manera: “Artículo 1°. Se adicionan los siguientes incisos y parágrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

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

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

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

En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos. Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido.

Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión.

A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo.

Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento.

La ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en las convenciones y laudos arbitrales válidamente celebrados.

Parágrafo 1º. A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública.

Parágrafo 2º. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones.

Parágrafo transitorio 1º. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

Parágrafo transitorio 2º. Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los parágrafos del presente artículo, la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010.

Parágrafo transitorio 3º. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.

Parágrafo transitorio 4º. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen.

Parágrafo transitorio 5º. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. A quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, este es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes.

Parágrafo transitorio 6º. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8° del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

La disposición constitucional fue complementada con los siguientes propósitos: 4.2.3.1. La introducción de la idea de la existencia de un sistema único y universal de pensiones al que deben someterse todos los residentes del país, sin discriminaciones ni inequidades. De tal suerte que, a partir del 25 de julio de 2005, fecha en que cobró vigencia el Acto Legislativo 01, no es posible consagrar condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del sistema general de pensiones, por el camino de los pactos o convenciones colectivas de trabajo, de los laudos arbitrales o, en general, por cualquier acto jurídico.

4.2.3.2. Hacer obligatorio a partir de la vigencia del Acto Legislativo, para adquirir el derecho a la pensión, cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que

señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Además, para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

4.2.3.3. El reconocimiento de la importancia de la sostenibilidad financiera del sistema, especialmente encaminada a lograr su cobertura universal y el pago futuro de las pensiones a cargo del sistema.

4.2.3.4. El respeto por los derechos adquiridos en materia pensional. Agrega que no podrán dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de las mesadas de las pensiones reconocidas conforme a derecho. También ordena al legislador establecer un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en las convenciones y laudos arbitrales válidamente celebrados.

4.2.3.5. El establecimiento de unas reglas de vigencia para hacer compatible el régimen de transición consagrado inicialmente en la Ley 100 de 1993 y la terminación de los regímenes especiales, en virtud de los principios de respeto de la buena fe y los derechos adquiridos. Así, se desprende de la reforma, además, que el 31 de julio de 2010, o hasta el año 2014 para los trabajadores que al 25 de julio de 2005 -fecha de publicación del Acto- tuviesen al menos 750 semanas, perderán vigor los regímenes especiales.

4.2.3.6. El Acto Legislativo 1 de 2005 dispone que a partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a los 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En resumen, la intención del constituyente derivado al aprobar el Acto Legislativo 01 de 2005 fue unificar los regímenes pensionales con el propósito de (i) poner fin a la existencia de regímenes con ventajas desproporcionadas para ciertos grupos de pensionados financiados con recursos del erario, con miras a garantizar los principios de igualdad y solidaridad;

(ii) eliminar los altos subsidios públicos que tales beneficios suponen, con el fin de liberar recursos para el cumplimiento de los fines de la seguridad social y del Estado Social de Derecho, y la sostenibilidad financiera del sistema; y (iii) establecer reglas únicas que además permitan hacer mejores previsiones dirigidas a la sostenibilidad del sistema de pensiones.

4.3. EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA DISPOSICIÓN DEMANDADA Para llevar a cabo el examen de constitucionalidad de la disposición censurada, la Sala adoptará la siguiente metodología:

para comenzar , reiterará -como se indicó en la Sentencia C-608 de 1999- que la existencia misma del régimen especial de pensiones previsto en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 no se opone al principio de igualdad, lo que no conlleva necesariamente la constitucionalidad de las ventajas a las que ese régimen pueda dar lugar;

a continuación , en vista de la anterior precisión, la Sala examinará la constitucionalidad de las ventajas que se derivan del régimen especial bajo estudio según el derecho viviente. Cabe señalar que a partir de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, no es posible establecer un régimen pensional especial, y ello necesariamente, llevaría a un desconocimiento de la cláusula de igualdad.

Con el fin de realizar ese examen, la Sala, en primer lugar , recordará cuáles son los beneficios que se desprenden, según el derecho viviente, de la disposición acusada;

en segundo lugar, describirá la situación actual de la seguridad social, específicamente en pensiones, y los principales obstáculos que enfrenta el Estado para el cumplimiento de los principios y mandatos contendidos en el artículo 48 de la Constitución;

en tercer lugar , analizará las implicaciones de las ventajas derivadas del precepto demandado en vista del anterior contexto; por último , a la luz de las anteriores consideraciones, estudiará la constitucionalidad de cada una de las

ventajas, en particular desde la perspectiva del principio de igualdad y de los principios y mandatos contendidos en el artículo 48 de la Carta y el Acto Legislativo 01 de 2005.

4.3.1. La existencia misma del régimen especial al que da lugar el precepto demandado no desconoce la igualdad, siempre y cuando se entienda que ello es admisible en cuanto constituya un régimen de transición para la protección de expectativas legítimas de quienes tenían una expectativa próxima de pensión. Sin embargo, ello no significa que pueda contemplar ventajas desproporcionadas y contrarias a los demás principios del Estado Social de Derecho.

Antes de comenzar el análisis, la Sala desea recordar que con antelación a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, la Corte Constitucional consideró que la consagración misma del régimen pensional especial previsto en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, no constituía un desconocimiento del derecho a la igualdad, y podía responder a una finalidad aceptable a la luz de la Carta.

Sin embargo, la Sala Plena recordó que si bien es cierto ese trato diferenciado puede ser constitucional, ello no significa que el establecimiento de ventajas desproporcionadas a favor de los beneficiarios de ese régimen también lo sea. En este fallo se precisó:

“La Corte reitera que, mientras no consagre disposiciones desproporcionadas o contrarias a la razón, el legislador puede prever regímenes especiales en materia de salarios y prestaciones” [225] .

De acuerdo con estas consideraciones, la Sentencia C-608 de 1999 declaró conforme al ordenamiento el establecimiento del régimen especial de pensiones autorizado por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992.

Es claro que el régimen especial al que da lugar la disposición acusada expiró en la fecha fijada por el Acto Legislativo, es decir, a 31 de julio de 2010. El régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al que alude la reforma constitucional, también se terminó en dicha fecha, con una excepción: el caso de los beneficiarios que a la fecha de entrada en vigencia de la reforma, contaban como mínimo con 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios; de acuerdo con la reforma, esas personas podrán seguir siendo beneficiarias del régimen de transición hasta 2014.

Como ha venido resaltando la Sala, debido a esta excepción, las reglas del régimen especial de pensiones originado en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 siguen surtiendo efecto para los beneficiarios del régimen de transición cobijados por aquella.

En este contexto, la Corte se ocupará de examinar, no la constitucionalidad de la existencia del régimen especial de pensiones que favorece a ex congresistas y otros servidores –cuya constitucionalidad ya fue avalada por la Sentencia C-608 de 1999-, sino de sus elementos, tal como vienen siendo interpretados en el derecho viviente, y en tanto siguen surtiendo efectos para los beneficiarios del régimen de transición cobijados por la excepción antes señalada.

En este orden de ideas, la Sala determinará si los elementos del régimen especial previsto en el artículo 17 son incompatibles con la Constitución, por exceder las condiciones que razonablemente resultaban aplicables a quienes estaban en transición y, de ser así, establecerá la forma como pueden ser armonizados con la protección de los derechos adquiridos, la confianza legítima y otros mandatos de la Carta Política. A continuación se examinará entonces la constitucionalidad de cada uno de esos elementos:

4.3.2. Las ventajas que otorga el régimen especial previsto en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 a la luz del derecho viviente De acuerdo con lo expuesto en la consideración 4.1., en la actualidad el precepto demandado tiene los siguientes contenidos normativos:

(i) Los beneficiarios son todos aquellos que reúnen los requisitos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 sobre el régimen de transición, y que han sido elegidos o nombrados en algún momento de su vida en los cargos de congresista,

magistrado de alta corte u otros cargos a los cuales se extendió el régimen especial, independientemente de si a la entrada en vigencia de la Ley 100 -1º de abril de 1994- estaban o no ocupando ese cargo.

(ii) La tasa de reemplazo es el 75%. (iii) El Ingreso Base de Liquidación que se toma en cuenta para el cálculo de la pensión es el "ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el Congresista" , pudiendo dicho ingreso ser incluso el recibido, no por el interesado, sino por un congresista en ejercicio.

(iv) Los factores de liquidación de las pensiones son todos aquellos recibidos por el beneficiario en el último año de servicio, independientemente de si tenían o no carácter remunerativo. Incluso en algunos casos se toma el promedio de lo devengado por un congresista en ejercicio en el año inmediatamente anterior a aquél en el que se solicita el reconocimiento de la pensión.

(v) No existe tope para el valor de las mesadas pensionales. (vi) Las mesadas son incrementadas anualmente "en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal".

Estos elementos constituyen ventajas a favor de los beneficiarios del régimen especial bajo estudio, pues representan reglas más favorables que las aplicables al resto de afiliados al sistema de pensiones. Hecha esta aclaración, la Sala pasa a examinar su constitucionalidad:

4.3.3. La situación actual de la seguridad social En la actualidad el sistema de pensiones enfrenta grandes dificultades que obstaculizan el cumplimiento de los principios y finalidades contempladas en el artículo 48 de la Constitución, este último tal como fue reformado por el Acto Legislativo 01 de 2005.

En efecto, pese a las finalidades y principios reconocidos en el artículo 48 Superior, reiterados y desarrollados por la Ley 100 de 1993, para 2005 el sistema de pensiones solamente cobijaba al 57% de la población colombiana económicamente activa, de los cuales únicamente el 42% eran cotizantes activos. Estos datos, entre otros, motivaron la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005.

Dados los indicios de las serias dificultades que enfrenta el sistema , el Magistrado Sustanciador solicitó varias pruebas técnicas con el fin de tener una visión global del problema. Además, durante la audiencia pública celebrada en el curso del proceso, también se obtuvieron datos significativos sobre el asunto. En resumen, la información recaudada muestra lo siguiente:

En cuanto a la cobertura , los informes allegados ilustran que pese al aumento del número de pensiones reconocidas, la mayor parte de la población en edad de pensionarse continúa sin poder acceder a una pensión. La siguiente gráfica ilustra la situación en el régimen de prima media [226] :

Fuente : Asofondos - ECH Dane. Elaboración : Fedesarollo Nota : el gráfico muestra la cobertura de pensionados del régimen de prima media, en términos de la participación de los pensionados dentro de la población en edad de pensionarse (1995-2008).

El reciente informe de la Defensoría del Pueblo titulado " Doctrina Defensorial en Seguridad Social No. 2, Año 2012", remitido a este proceso, explica además que la población más pobre del país se encuentra fuera del sistema general de pensiones: " si la población económicamente activa en Colombia es de 22.906.000, tan sólo un 26.5% tiene acceso a la protección que otorga el Sistema General de Pensiones (como cotizantes activos), en lo referente a las prestaciones que cubren las contingencias de vejez, invalidez y muerte. De acuerdo con el Gobierno nacional, la población más pobre está por fuera del sistema general de pensiones, 92% de los individuos que ganan menos de 1SMLMV no está afiliado al sistema ".

A su turno, el Ministro de Trabajo, en el curso de la audiencia pública que tuvo lugar el 24 de enero de 2013, reportó que hay casi 23 millones de colombianos en el mercado laboral, pese a lo cual los afiliados activos en el sistema -quienes han

pagado al menos una cotización en los últimos 6 meses- representan tan solo el 28%.

De otro lado, la Sala encuentra que los subsidios que el Estado dirige para el pago de pensiones -la diferencia entre la prestación económica recibida y lo aportado al sistema por el beneficiario-, dada la estructura del sistema, terminan destinándose al pago de las mesadas más altas.

Ello puede observarse en las cifras allegadas a este proceso por Fedesarrollo, en el documento " El sistema pensional en Colombia: Retos y Alternativas para aumentar la cobertura ", el cual describe que el 81% de los subsidios estatales se dirigen a atender el pasivo pensional del 20% en mejor condición socio-económica.

Cuadro 2. " El 20% más rico de la población se apropia del 81% de los subsidios pensionales del RPM, mientras que al 40% más pobre no le llega ni el 2%" Fuente : Lasso (2006) Nota : El cuadro contiene el porcentaje de los subsidios por cada concepto que llegan a cada quintil de la distribución del ingreso del hogar, el porcentaje del PIB que representan esos subsidios y algunas medidas de concentración (p. ej. GINI).

Adicionalmente, en el informe de la Procuraduría Delegada para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social de octubre de 2011, "Pensiones. El costo de las demandas" , remitido a este proceso, y en el ya referido documento " Doctrina Defensorial en Seguridad Social No. 2, Año 2012" de la Defensoría del Pueblo, se dimensiona la inequidad que genera el pago de pensiones elevadas así:

En el primero de ellos se señala: " en Colombia, el 87% de los pensionados reciben mesadas inferiores a los cuatro salarios mínimos y a ellos se destina el 63.6% del presupuesto, mientras al 13% restante, que tienen pensiones superiores a los cuatro salarios mínimos, se destina el 36.4% del presupuesto" [227] .

Además, se indica que " [e] l Congreso de la República, que solamente tiene al 0,2 de los pensionados pero administra el 1% del presupuesto con una mesada promedio de 15.2 salarios mínimos, representando la entidad donde se obtienen las pensiones más elevadas del país".

Por otra parte, en el documento allegado por la Defensoría del Pueblo se aduce que con una mesada promedio de quienes reciben 16 salarios mínimos mensuales legales vigentes (smmlv), se pagan 17,431 mesadas de quienes devengan el mínimo: " el 75,9% de los pensionados del régimen de prima media recibe pensiones que oscilan entre uno y dos salarios mínimos, mientras que tan solo 0,1% tiene mesadas pensionales por encima de 16 SMMLV.

Con una mesada promedio de quienes reciben 16 SMMLV se paga, por lo menos, 17.431 mesadas de quienes reciben el valor promedio de pensiones en Colombia, que asciende a 1.8 SMMLV. La relación de pago es de 9 a 1" (negrilla y subraya fuera del texto).

Otras fuentes estadísticas también dan cuenta del porcentaje de la población que devenga un salario mínimo como mesada pensional frente a aquellos que devengan más de 16 smmlv. En el referido documento remitido por la Defensoría del Pueblo, " Doctrina Defensorial en Seguridad Social No. 2", se muestran los porcentajes en razón de la población y del monto de las mesadas pensionales; cabe resaltar que de éstos, el mayor porcentaje se encuentra en el Fondo del Congreso:

En la audiencia pública celebrada dentro del proceso, el Ministro del Trabajo informó además que 1.032 ex Congresistas reciben pensiones de mesadas superiores a 25 smmlv, mientras que el 68% de los pensionados recibe mesadas de 1 smmlv. También mostró la siguiente relación de subsidios que el Estado debe destinar para el pago de pensiones; según los datos expuestos, el Estado debe (i) destinar un monto muy significativo de subsidios para financiar las mesadas de mayor valor en el sistema, y (ii) el valor de los subsidios en términos de porcentaje de la suma calculada como necesaria para financiar la pensión vitalicia, es casi igual en el caso de mesadas muy bajas y muy altas. El Ministro sustentó esta conclusión con un ejemplo de 4 hipótesis en el régimen de prima media:

En el caso de una persona que recibe 1 smmlv , el cúmulo de cotizaciones al final de su vida laboral asciende a $51 millones; sin embargo, para financiar una mesada vitalicia equivalente a 1smmlv, se requieren $139 millones, por lo cual el Estado debe subsidiar $88 millones, es decir, el 63,3% .

En el caso de una persona que recibe 2 smmlv , el cúmulo de cotizaciones al final de su vida laboral asciende a $102 millones; sin embargo, para financiar su pensión vitalicia se requieren $178 millones, por lo cual el Estado debe subsidiar $76 millones, es decir, el 42,6% .

En el caso de una persona que recibe 10 smmlv , el cúmulo de cotizaciones al final de su vida laboral asciende a $292 millones; sin embargo, para financiar su pensión vitalicia se requieren $428 millones, por lo cual el Estado debe subsidiar $136 millones, es decir, el 31,7% .

Finalmente, en el caso de una persona que recibe 25 smmlv , el cúmulo de cotizaciones al final de su vida laboral asciende a $730 millones; sin embargo, para financiar su pensión vitalicia se requieren $1.631 millones, por lo cual el Estado debe subsidiar $901 millones, es decir, el 55,2% .

En resumen, el sistema de pensiones enfrenta grandes obstáculos que impiden el cumplimiento de los mandatos del artículo 48 Superior. Concretamente, debido a los arreglos normativos vigentes, debe destinar la mayor parte de los recursos disponibles al pago de las pensiones de valores más altos. Como muestran las cifras antes traídas a colación, el promedio de la población pensionada devenga mesadas cuyo valor oscila entre 1 y 2 smmlv; sin embargo, la mayor parte de los recursos deben destinarse al pago de mesadas de más de 16 smmlv, las cuales representan una minoría dentro del sistema. Además, el número de personas pensionadas ha venido en aumento sin que ello haya sido compensado por un incremento del número de cotizantes. Como consecuencia de estos y otros obstáculos, la mayoría de la población pobre del país no es cubierta por el sistema.

4.3.4. Las implicaciones de los beneficios que otorga el precepto demandado según el derecho viviente En virtud del derecho viviente sobre la aplicación del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, en la actualidad un número importante de personas que no tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme al régimen especial bajo estudio al 1 de abril de 1994, puede beneficiarse de sus reglas. Esas reglas además permiten la adquisición de pensiones sin un tope, liquidadas solamente sobre el promedio del ingreso del último año de servicios o incluso del ingreso de un congresista activo, tomando en consideración todo ingreso percibido aunque no tuviera carácter remunerativo o aunque respecto de él no se hubiera cotizado al sistema, y con mesadas que se incrementan anualmente en la misma proporción con la que aumenta el salario mínimo.

Las implicaciones de estas reglas son la existencia de pensiones (i) de valores mucho más altos de los del promedio de las pensiones de la población pensionada –la mayoría de ellas con valores por encima del tope de 25 smmlv previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005-, (ii) financiadas en un porcentaje muy significativo con recursos del erario, en tanto no guardan una relación de proporcionalidad con las cotizaciones efectuadas por sus titulares durante su vida laboral, y (iii) que benefician a personas que hacen parte de los sectores en mejor condición socio-económica. Estas implicaciones se explican a continuación:

4.3.4.1. Como ilustran las pruebas allegadas a esta Corporación, la mayor parte de la población pensionada en Colombia recibe mesadas que oscilan entre 1 y 2 smmlv. En contraste, los beneficiarios del régimen especial materia de estudio reciben en promedio mesadas superiores a 30 smmlv. Esto se debe a las siguientes razones:

Primero, la tasa de reemplazo y el Ingreso Base de Liquidación que según el derecho viviente se vienen aplicando, son el 75% del promedio de lo devengado dentro del último año de servicios e incluso lo devengado en el último año por un Congresista en ejercicio. El salario de los Congresistas, Magistrados de Altas Cortes y demás servidores favorecidos por

el régimen es de aproximadamente 40 smmlv, de modo que sus pensiones pueden ser cercanas a 30 smmlv o incluso superiores en algunos casos, a la luz de la interpretación imperante en el derecho viviente.

Segundo, ese valor puede además aumentar si los servidores en comento recibieron ingresos adicionales a su salario en el último año de servicios, pues recuérdese que el Ingreso Base de Liquidación, según el derecho viviente, se calcula sobre todo lo devengado, incluidos aquellos pagos que no tuvieron carácter remunerativo.

Tercero, según el derecho viviente, a las pensiones de los beneficiarios del régimen especial bajo estudio no se les aplican topes para calcular el valor de las mesadas, es decir, no existe un límite para el valor de las mesadas, ni siquiera se viene aplicando el tope de 25 smmlv instituido en el Acto Legislativo 01 de 2005 en algunas pensiones reconocidas con posterioridad a dicho Acto.

Cuarto, las mesadas de los favorecidos por el régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 incrementan anualmente en el mismo porcentaje con que se ajusta el salario mínimo, una proporción mayor a la empleada para ajustar las mesadas del resto de pensionados –salvo los que perciben mesadas de 1 smmlv-, esta es el Índice de Precios al Consumidor.

4.3.4.2. Por otra parte, las reglas bajo examen conducen a que el Estado tenga que destinar una importante cantidad de recursos para la financiación de las pensiones de los beneficiarios del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 cobijados por el régimen de transición, en vista de que las mesadas que se reconocen están lejos de guardar una relación de proporcionalidad con las cotizaciones efectuadas por aquellos durante su vida laboral, de modo que para garantizar su pago se requiere un monto importante de subsidios públicos.

Es cierto que en los regímenes especiales, en el régimen de prima media con prestación definida e incluso en el régimen de ahorro individual con solidaridad, no existe una regla absoluta de equivalencia entre las cotizaciones efectuadas por un trabajador y el valor de las mesadas pensionales que durante su vejez recibirá; en todos los sistemas existe algún mecanismo de subsidio. Por ejemplo, en virtud del principio de solidaridad, las personas de bajos ingresos, quienes dada su baja capacidad de ahorro no pueden aportar al sistema lo suficiente para financiar en su vejez una pensión al menos equivalente a 1 smmlv, reciben subsidios tanto en el régimen de prima media como en el de ahorro individual para garantizar esas pensiones mínimas.

No obstante, en este caso, el nivel de subsidio es manifiestamente excesivo en comparación con lo que el Estado destina a financiar pensiones más bajas . Como muestran las pruebas recaudadas, el nivel de subsidio público en el régimen bajo escrutinio puede ser de más del 50% del valor de la suma estimada como necesaria para financiar la pensión vitalicia, un porcentaje casi igual al que el Estado destina para subsidiar las pensiones de 1 smmlv en el régimen de prima media, y menor al porcentaje de subsidio transferido para mesadas entre 2 y 10 smmlv en el mismo régimen. En algunos casos, el subsidio es mucho mayor tanto en términos absolutos como porcentuales.

Adicionalmente, la Sala observa que en términos monetarios, la suma a la que ascienden los subsidios que el Estado debe destinar al pago de pensiones de más de 25 smmlv, como las que por regla general devengan los beneficiarios del régimen especial demandado, es muy superior a la que se necesita para financiar las pensiones más bajas. Según el ejemplo empleado por el Ministro de Trabajo, en el régimen de prima media –que además tiene condiciones menos favorables que las del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992-, el subsidio público que demanda una pensión de más de 25 smmlv es de cerca de $901 millones, mientras el subsidio requerido para una pensión de 1 smmlv es de tan sólo $88 millones.

La desproporción significativa entre lo aportado y el valor de las mesadas es además evidente si se tienen en cuenta las reglas de cotizaciones al sistema de pensiones que regían, por ejemplo, a Congresistas y Magistrados de Altas Cortes antes de la Ley 100 e incluso de forma posterior.

En efecto, los Congresistas beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 4 de 1992, cotizaban tan sólo el 8% de su asignación, de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 33 de 1985, cuantía que difícilmente podría generar un cúmulo de cotizaciones que permitiera financiar una pensión vitalicia de más de 25 smmlv –el tope dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005.

En el caso de los Magistrados, con mayor razón hay bases para afirmar que no podrían acumular un ahorro pensional que les permitiera una pensión vitalicia de más de 25 smmlv, ya que a la luz del Decreto 104 de 1994, por varios años no aportaron al sistema sobre toda su asignación, pues recibían una prima técnica que no constituía factor salarial y, por tanto, sobre la que no cotizaban.

Se mencionan estos ejemplos con el fin de indicar que muchas de las personas beneficiarias del régimen especial previsto en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, obraron de buena fe conforme a las normas vigentes en el momento en que efectuaron las cotizaciones; sin embargo, las reglas condujeron a la existencia de una gran desproporción entre lo cotizado y el valor de las pensiones a pagar.

4.3.4.3. El precepto censurado conduce a la entrega de cuantiosos subsidios a un sector de la población que no pueden ser catalogados precisamente como conformado por personas pertenecientes a los sectores más pobres, débiles o vulnerables.

En el contexto de la situación actual del sistema de pensiones y en vista de las implicaciones del régimen especial bajo estudio, pasa la Sala a examinar la constitucionalidad de este último:

4.3.5. Examen de constitucionalidad de las ventajas otorgadas por el régimen previsto en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 Como se expondrá a continuación, la Sala encuentra que el precepto demando tal como viene siendo interpretado por el derecho viviente desconoce los artículos 13 y 48 Superiores, este último adicionado por el Acto legislativo 01 de 2005, por cuatro razones principales:

4.3.5.1. Permite que personas cobijadas por el régimen de transición, que no estaban afiliadas al régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 el 1º de abril de 1994, puedan beneficiarse de él si posteriormente fueron elegidas o nombradas Congresistas, Magistrados de Altas Cortes o en cargos a los que se extiende el régimen. Por tanto, esta interpretación conduce a que personas que no tenían una expectativa legítima de pensionase según las reglas del régimen bajo estudio, sean protegidas por el régimen de transición, es decir, extiende un tratamiento diferenciado basado en la protección de expectativas próximas a un grupo de personas que no tenían una expectativa amparable bajo ese principio, lo que desconoce el principio de igualdad.

4.3.5.2. La interpretación vigente del precepto también lesiona el principio de igualdad, ya que conlleva a que un grupo de personas que pertenecen a los sectores mejor situados económicamente dentro de la población, sean favorecidos por ventajas también económicas de las que no gozan el resto de la población pensionada y que además suponen un alto subsidio con recursos públicos; en otras palabras, el precepto contiene un tratamiento diferenciado favorable en beneficio de un grupo que ya está en mejores condiciones que los demás grupos comparables. El tratamiento favorable se tradujo, en razón del derecho viviente, en que la brecha entre la pensión promedio y la pensión reconocida al amparo del artículo 17 fuera manifiestamente desproporcionada.

4.3.5.3. Al permitir que los recursos de la seguridad social no se destinen con prelación a los sectores más pobres y vulnerables, sino a personas con altos ingresos, cuyas cotizaciones carecen de una relación de correspondencia con el monto de la pensión que les fue reconocida, el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 según el derecho viviente también vulnera el principio de solidaridad.

4.3.5.4. Por último, la forma como viene siendo interpretada la disposición, conduce a la existencia de ventajas claramente desproporcionadas a favor de un grupo de personas en una situación socio-económica mejor que la del resto de la población, y que implican un sacrificio injustificado de los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia que rigen la seguridad social, así como un obstáculo al cumplimiento del mandato de ampliación progresiva del sistema de seguridad social para cubrir a las personas de menores ingresos que viven su vejez en condiciones de alta vulnerabilidad.

Debe tenerse en cuenta que independientemente de la posibilidad de buscar nuevas fuentes de financiación, los recursos a disposición del sistema de seguridad social son limitados, de ahí que deban buscarse fórmulas de distribución que realicen los principios y obligaciones de la seguridad social, así como en términos generales los fines y principios que orientan el Estado Social de Derecho. Esto significa que el diseño de los arreglos distributivos del sistema no puede desconocer lo siguiente:

(i) la prelación que debe brindarse a las personas en condiciones de mayor vulnerabilidad y debilidad, (ii) el mandato de ampliar la cobertura del sistema en términos de personas afiliadas y beneficiadas, y tipos de contingencias frente a las que se ofrece protección, y (iii) el deber de brindar progresivamente la mejor protección posible frente a las contingencias cubiertas para toda la población expuesta a los respectivos riesgos, entre otros aspectos. Por supuesto, el legislador tiene un margen de configuración y los jueces tienen un margen de interpretación de las normas, pero cuando el resultado final se ubica a una gran distancia de estos criterios, se lesionan los principios constitucionales mencionados.

En este caso, la consecuencia de la transferencia de un significativo nivel de recursos públicos a los beneficiarios del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, quienes además no son un grupo vulnerable sino en una situación socio-económica favorable, es la imposición de un serio obstáculo a la capacidad del sistema de cumplir sus objetivos en términos de cobertura, universalidad, solidaridad y eficiencia. Por ejemplo, el nivel de subsidios que demandan las mesadas de los beneficiarios del régimen especial bajo estudio, hace difícil crear prestaciones –económicas o en especie- para brindar cobertura a contingencias como la pérdida de capacidad laboral por vejez o invalidez de trabajadores informales que no perciben recursos suficientes para cotizar al sistema de pensiones o carecen de un empleo estable, o para mujeres cabeza de familia que no reciben suficiente apoyo familiar para el cuidado de sus hijos u otras personas que requieren cuidados especiales en la familia, como los adultos mayores y las personas en situación de discapacidad. Este nivel de subsidios también puede ser un limitante para la concesión de beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplen con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión, posibilidad expresamente contemplada en el Acto Legislativo 01 de 2005.

A continuación se analizará cada uno de los elementos del régimen y se explicará cómo se configuran las anteriores inconstitucionalidades en relación con cada uno:

4.3.5.5. Beneficiarios La regla de beneficiarios que en la actualidad opera conduce a que personas cobijadas por el régimen de transición que no estaban afiliadas al régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 el 1º de abril de 1994, puedan beneficiarse de él si posteriormente fueron elegidas o nombradas Congresistas, Magistrados de Altas Cortes o en cargos a los que se extiende el régimen. Esta regla de beneficiarios, a juicio de la Sala, lesiona el principio de igualdad por las siguientes razones:

4.3.5.5.1. Si bien es cierto el Acto Legislativo 01 de 2005 respetó que algunas reglas de los regímenes especiales que existían antes de la Ley 100 se siguieran aplicando a los beneficiarios del régimen de transición, en los términos del artículo 36 de la Ley 100 y con las limitaciones impuestas en el parágrafo transitorio 4º, la decisión de respetar esa aplicación ultractiva se basó en la existencia de unas expectativas legítimas surgidas antes de la expedición de la Ley 100, y en que, en virtud del principio de buena fe, merecían ser amparadas. En otras palabras, el Acto Legislativo, siguiendo el espíritu de la Ley 100, brindó un tratamiento diferenciado más ventajoso a aquellas personas que tenían la

expectativa desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100, de pensionarse conforme al régimen al que se encontraban afiliadas;

ese tratamiento diferenciado más beneficioso tiene justificación entonces en la existencia de una confianza legítima en que esos regímenes los beneficiarían en el futuro.

Este fue el mismo razonamiento que guió la Ley 100, por ello en la Sentencia C-596 de 1997, a partir de una lectura textual y sistemática de la normativa, esta Corte señaló de forma categórica, en una sentencia con efectos erga omnes , que para beneficiarse de las reglas de un régimen especial en razón del régimen de transición, resultaba absolutamente necesario estar afiliado al mismo al momento de entrar en vigencia de Ley 100 de 1993.

En el caso de los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, el Decreto 1293 de 1994 además consagró expresamente quiénes serían amparados por el régimen de transición. Al respecto, los artículos 1, 2 y 3 dispusieron:

“Artículo 1º. Campo de aplicación. El Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, se aplica a los Senadores, Representantes y empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión Social del Congreso, con excepción de los cubiertos por el régimen de transición previsto en el presente decreto.

Artículo 2º. Régimen de transición de los senadores, representantes, empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión Social del Congreso.

Los senadores, los representantes, los empleados del Congreso de la República y los empleados del Fondo de Previsión Social del Congreso, tendrán derecho a los beneficios del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siempre que a 1º de abril de 1994 hayan cumplido alguno de los siguientes requisitos :

a. Haber cumplido (40) o más años de edad si son hombres, o treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres; b. Haber cotizado o prestado servicios durante quince (15) años o más.

Parágrafo. El régimen de transición de que trata el presente artículo se aplicará también para aquellas personas que hubieran sido senadores o representantes con anterioridad al 1º de abril de 1994, sean o no elegidos para legislaturas posteriores, siempre y cuando cumplan a esa fecha con los requisitos de que tratan los literales a) o b) de este artículo, en cuyo caso este último será el que conservarán.

Artículo 3º. Beneficios del Régimen de transición. Los senadores y representantes que cumplan con alguno de los requisitos previstos en el artículo anterior, tendrán derecho al reconocimiento de su pensión de jubilación cuando cumplan con los requisitos de edad y tiempo de servicios o número de semanas cotizadas establecidos en el Decreto 1359 de 1993, así como el monto de la pensión, forma de liquidación de la misma e ingreso base de liquidación establecidos en el mismo decreto.

Los empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión Social del Congreso que cumplan con alguno de los requisitos previstos en el artículo anterior, tendrán derecho al reconocimiento de su pensión de jubilación cuando cumplan con los requisitos de edad, tiempo de servicio, número de semanas cotizadas y el monto de la pensión establecidos en el artículo 20 del acuerdo 26 de 1986, del Fondo de Previsión Social del Congreso, aprobado por el decreto 2837 de 1986.

Parágrafo . El régimen de transición de que trata el presente artículo se aplicará también para aquellos senadores y representantes que durante la legislatura que termina el 20 de junio de 1994 tuvieren una situación jurídica consolidada al cumplir antes de dicha fecha, veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos en una o diferentes entidades de derecho público incluido el Congreso de la República, o que los hubieran cumplido y cotizado en parte en el sector privado y ante el Instituto de Seguros Sociales en cualquier modalidad.

En cuanto a la edad de jubilación se aplicará lo dispuesto en el literal b) del artículo 2º del decreto 1723 de 1964, es decir que tales congresistas, una vez cumplido el tiempo de servicios aquí previsto, podrá obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación a la edad de cincuenta (50) años." Nótese que este decreto también dispuso que son beneficiarios del régimen de transición personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100, ya hubieran sido elegidas congresistas, así para el 1º de abril de 1994 no ocuparan el cargo pero "hubieran sido" congresistas antes de dicha fecha, siempre y cuando cumplieran los requisitos previstos en el artículo 2 y que son los mismos previstos en el artículo 36 de la Ley 100. Dicha hipótesis fue prevista en el contexto de situaciones específicas y excepcionales, de las cuales cabe destacar cuatro: Primero, ocurrió en un momento cercano a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993. Segundo, fue efectuada cuando se tomó la decisión de incorporar a los congresistas al régimen general de la Ley 100 de 1993. Tercero, se llevó a cabo antes de la Sentencia C-596 de 1997. Cuarto, cobija a un grupo determinado de personas.

En este contexto, la regla sobre los beneficiarios del régimen especial bajo examen que se desprende del derecho viviente, específicamente la posibilidad de que personas que no tenían una expectativa de pensionarse a la luz del régimen especial porque no estaban vinculadas a éste, el 1º de abril de 1994, puedan beneficiarse de sus elementos –salvo en el caso de la excepción prevista en el parágrafo del artículo 2 del Decreto 1293 de 1994-, constituye una violación del principio de igualdad, ya que, en primer lugar , significa la equiparación de dos grupos de personas que no se encuentran en la misma situación: de un lado, el grupo de quienes sí estaban en el régimen especial antes del 1° de abril de 1994, y de otro, el grupo de todos los que estaban fuera del régimen especial a esa fecha;

y en segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, la regla representa la concesión de un trato favorable carente de justificación objetiva razonable porque las normas vigentes después de 1994 ya habían incorporado a los congresistas al régimen general de la Ley 100 de 1993, de tal forma que no existía base normativa alguna para mantener una diferencia de trato en beneficio de quienes no cumplían a la fecha los requisitos para ingresar al régimen de transición.

La Sala reitera que la razón por la cual el Constituyente permitió que un grupo de personas se siguieran beneficiando de las ventajas de regímenes pensionales creados antes de la Ley 100, fue respetar expectativas surgidas antes de la unificación de las reglas que operó en dicho cuerpo normativo. Por tanto, permitir que personas que no tenían ese tipo de expectativa puedan beneficiarse de las ventajas que otorga el régimen especial al que da lugar el precepto acusado, es avalar un tratamiento diferenciado –respecto de todos los demás afiliados al sistema de pensiones- sin justificación. Recuérdese que a la luz del artículo 13 Superior, todo tratamiento diferenciado debe tener una justificación válida desde el punto de vista constitucional.

4.3.5.5.2. Adicionalmente, la Sala observa que la regla en comento desconoce el principio de solidaridad y contribuye a la existencia de obstáculos desproporcionados para el cumplimiento de los fines de la seguridad social en pensiones. En efecto, al extender los beneficios del régimen a personas que no tenían una expectativa protegible al 1° de abril de 1994, el artículo demandado de la forma en que viene siendo interpretado en el derecho viviente permite la entrega de subsidios públicos a personas que no reunían las condiciones para ello desde el punto de vista de las reglas de la seguridad social y los principios del Estado Social de Derecho, y que a su vez hacen parte de un sector en mejores condiciones socio-económicas respecto de la población, y específicamente de la mayor parte de los pensionados, lo que a su vez sacrifica el cumplimiento de metas de cobertura y universalidad, como ya fue explicado.

4.3.5.5.3. Por todas estas razones, la regla actual de beneficiarios, ampliada por el derecho viviente con posterioridad a la sentencia de la Corte Constitucional C-596 de 1997, con efectos erga omnes , se opone a la Carta y debe ser retirada del ordenamiento.

4.3.5.6. Factores La Sala recuerda que las expresiones "y por todo concepto" y " por todo concepto" contenidas en el inciso primero y en el parágrafo, respectivamente, del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 han sido interpretadas en el sentido

que todos los ingresos que obtiene un beneficiario del régimen especial en el último año de servicios, deben ser tenidos en cuenta para el cálculo de su Ingreso Base de Liquidación, independientemente de si tienen o no carácter remunerativo o si ellos fueron tenidos en cuenta para determinar las cotizaciones con destino al sistema de pensiones a cargo del antiguo servidor.

En vista de esta interpretación fruto del derecho viviente, las expresiones acusadas se tornan inconstitucionales, por las siguientes razones:

4.3.5.6.1. Las expresiones en comento permiten que un beneficiario del régimen especial bajo estudio pueda incluir en su Ingreso Base de Liquidación ingresos sobre los que no hizo las respectivas cotizaciones al sistema y que ni siquiera constituían salario, en detrimento del principio de solidaridad que rige la seguridad social y los objetivos del Acto Legislativo 01 de 2005, así como de la sentencia de la Corte Constitucional C-608 de 1999 que tienen efectos erga omnes .

En efecto, el principio de solidaridad en la seguridad social, como ya se explicó, tiene dos implicaciones: (i) la obligación de los afiliados al sistema de contribuir a su financiación de acuerdo con sus capacidades, de tal forma que los que más ingresos tienen contribuyan en mayor medida a financiar el sistema y (ii) la obligación del sistema, a su turno, de brindar protección especial a los sectores más pobres y vulnerables, quienes por sus propios medios probablemente no podrían enfrentar las contingencias frente a las que la seguridad social ofrece amparo. Esta exégesis de la solidaridad fue además acogida por el Acto Legislativo 01 de 2005, cuyo inciso 6 expresamente dispone:

“Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones” .

Con fundamento en razonamientos similares, en la Sentencia C-608 de 1999, esta Corporación precisó que para el cálculo de la pensión de los favorecidos por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, no puede tenerse en consideración cualquier “asignación” percibida, sino solamente aquellos emolumentos que tienen carácter remunerativo.

En este caso y de conformidad con lo expuesto, la Sala observa que las expresiones referidas desconocen las dos dimensiones de la solidaridad, pues, por una parte, permiten la existencia de afiliados al sistema que no contribuyen de acuerdo con su nivel de ingresos real, y por otra, en lugar de favorecer a los sectores más vulnerables, brinda una ventaja para el cálculo de la pensión a personas que de hecho ya se encuentran en una mejor situación dentro del grupo de potenciales beneficiarios del sistema pensional.

4.3.5.6.2. Además, al igual que lo que ocurre con la regla de beneficiarios, las expresiones citadas, en tanto permiten la entrega de subsidios públicos a personas que no son merecedoras de ellos desde el punto de vista de la seguridad social y los principios del Estado Social de Derecho, sacrifica el cumplimiento de metas de cobertura y universalidad. Esto va en detrimento del mandato de progresividad en el ámbito de los derechos sociales.

Al extender los factores más allá de lo estipulado en los referentes constitucionales, el cálculo de las pensiones en ciertos casos condujo a pensiones de una cuantía muy elevada que solo podían ser financiadas con subsidios públicos más altos, en términos absolutos y porcentuales, que los asignados a las demás pensiones reconocidas en el sistema.

4.3.5.6.3. En este orden de ideas, además de reiterar lo expuesto en la Sentencia C-608 de 1999, las expresiones “y por todo concepto” y “ por todo concepto” contenidas en el inciso primero y en el parágrafo, respectivamente, del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, serán declaradas inexequibles.

4.3.5.7. Ingreso Base de Liquidación El precepto acusado señala que el Ingreso Base de Liquidación será el “ ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el Congresista”.

Pese a la adopción de la Ley 100 y la configuración expresa del régimen de transición en su artículo 36, en la actualidad se sigue aplicando esa regla de Ingreso Base de Liquidación, por las razones expuestas en apartes previos. La Sala encuentra que las expresiones aludidas son inconstitucionales, por las razones que siguen:

4.3.5.7.1. La interpretación de estas expresiones conlleva la concesión de una ventaja a los beneficiarios del régimen especial cobijados por la transición, que no fue prevista originalmente por el Legislador al expedir la Ley 100 y que, por tanto, carece de justificación. En efecto, la Sala recuerda que el propósito original del Legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 [228] , tal como se desprende del texto de la disposición y de los antecedentes legislativos, fue crear un régimen de transición que beneficiara a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas.

Para estas personas, el beneficio derivado del régimen de transición consistiría en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo.

El Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36. Hecha esta aclaración, la Sala considera que no hay una razón para extender un tratamiento diferenciado ventajoso en materia de Ingreso Base de Liquidación a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992; en vista de la ausencia de justificación, este tratamiento diferenciado favorable desconoce el principio de igualdad.

4.3.5.7.2. De otro lado, tal como ocurre con el tema de factores, la regla que se viene aplicando de Ingreso Base de Liquidación conduce a la concesión de beneficios manifiestamente desproporcionados, con desconocimiento de los principios de solidaridad e igualdad. En efecto, el cálculo de las pensiones en ciertos casos con base en dicha interpretación del Ingreso Base de Liquidación condujo a pensiones de una cuantía muy elevada que sólo podían ser financiadas con subsidios públicos más altos, en términos absolutos y porcentuales, que los asignados a las demás pensiones reconocidas en el sistema. El caso extremo es el de las pensiones basadas en el ingreso mensual promedio de un periodo muy breve en comparación con toda la vida laboral del beneficiario.

4.3.5.7.3. Por último, de conformidad con lo antes expuesto, la transferencia de recursos a la que la regla de Ingreso Base de Liquidación conduce, también impone un sacrificio claramente desproporcionado de los principios y finalidades de la seguridad social.

4.3.5.7.4. Con fundamento en estas razones, la expresión “ durante el último año” será declarada inexequible. 4.3.5.8. Mecanismo de ajuste anual de las mesadas El parágrafo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 señala que las mesadas se ajustarán anualmente “ en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal” . En concordancia con este precepto, las mesadas de los beneficiarios del régimen especial bajo estudio se vienen ajustando anualmente en el mismo porcentaje de aumento del salario mínimo.

Para la Sala, al igual que ocurre con las reglas de Ingreso Base de Liquidación, factores y beneficiarios, la expresión aludida (i) vulnera el principio de igualdad en tanto conduce a la transferencia de subsidios públicos excesivos a un grupo de personas que no sólo no están en condición de vulnerabilidad o debilidad, sino que, por el contrario, por regla general pertenecen a un sector en mejores condiciones socio-económicas; e (ii) impone un sacrificio desproporcionado de los principios y finalidades de la seguridad social Este razonamiento ya había sido expuesto por esta Corporación en la Sentencia C-387 de 1994, en relación a la regla del artículo 14 de la Ley 100. Allí se dijo que el trato diferenciado favorable de ajuste de las mesadas según el salario mínimo sólo es admisible si se dirige a la protección de las clases menos favorecidas. Por el contrario, si no se presenta esta justificación constitucional, el aumento debe sujetarse a lo consagrado en las normas generales, es decir, el IPC, pues no existen derechos adquiridos a una determinada forma de

ajuste pensional. Con fundamento en estas consideraciones, la Sala precisó que las altas mesadas solamente pueden ajustarse de acuerdo con el IPC.

En este orden de ideas, se declarará inexequible la expresión “Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal” .

4.3.5.9. Topes Finalmente, recuerda la Sala que la ausencia de una disposición expresa sobre el valor máximo de las mesadas que pueden reclamar los favorecidos por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, ha conducido a que en la actualidad tales mesadas se paguen sin un tope máximo.

La ausencia de topes en el régimen especial al que da lugar el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, entre otras causas, conduce a la existencia de pensiones con mesadas muy por encima del promedio nacional, financiadas con recursos públicos en un porcentaje también muy superior al de los subsidios que se destinan al pago de otras pensiones, y que además favorecen a un grupo de personas que no pertenece a los sectores más pobres, vulnerables y débiles, sino que, por el contrario, incluso podría afirmarse, hace parte de los sectores en las mejores condiciones socio-económicas.

En vista de lo anterior, parte del espíritu del Acto Legislativo 01 de 2005 fue establecer topes para todas las mesadas pensionales con cargo a recursos de naturaleza pública, con el propósito de limitar y reducir los subsidios que el Estado destina a la financiación de las pensiones más altas, muchas de ellas originadas en los regímenes pensionales especiales vigentes antes de la expedición de la Ley 100 de 1993.

Esa preocupación por fijar límites a los subsidios que el Estado destina al pago de las más altas pensiones por medio del establecimiento de topes, existía además desde antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, e incluso con anterioridad a la promulgación de la Ley 100 de 1993. Como se indicó en apartes anteriores, desde la Ley 4 de 1976, el Legislador ha sometido a topes mínimos y máximos el valor que una persona puede recibir por razón de su pensión; así, esa normativa estableció un valor máximo de 22 smmlv. Posteriormente, la Ley 71 de 1988 disminuyó el tope a 15 smmlv y la Ley 100 de 1993 lo elevó, en su artículo 18, a 20 smmlv para los afiliados al régimen de prima media. Más recientemente, el artículo 5 de la Ley 797 de 2003 elevó el tope a 25 smmlv; ese mismo criterio fue luego acogido por el Acto Legislativo 01 de 2005.

En concordancia con la anterior preocupación y para el caso específico de los regímenes especiales de pensiones, en las sentencias C-089 de 1997 y C-155 de 1997, esta Corporación también sostuvo que en caso de que las normas especiales de tales regímenes no dispusieran un límite cuantitativo para las mesadas, debía aplicarse el tope señalado en las reglas generales, específicamente en la Ley 100 y las disposiciones que la modifican en lo pertinente.

Por las anteriores razones la Sala no puede mantener en el ordenamiento la regla de la ausencia de topes en el régimen de pensiones materia de análisis. Hacerlo, como en el caso de los anteriores elementos del régimen, (i) vulneraría el principio de igualdad en tanto conduce a la transferencia de subsidios públicos excesivos a un grupo de personas que no sólo no están en condición de vulnerabilidad o debilidad, sino que, por el contrario, por regla general pertenecen a un sector privilegiado de la población; y (ii) avalaría la continuidad de un sacrificio desproporcionado de los principios y finalidades de la seguridad social 4.3.6.

La decisión a adoptar para eliminar del ordenamiento los contenidos normativos inconstitucionales y llenar los vacíos Con fundamento en estas consideraciones, en la parte resolutiva de esta providencia se adoptarán las siguientes decisiones:

4.3.6.1. Sobre los beneficiarios Dado que la regla sobre beneficiarios, específicamente la posibilidad de que personas cobijadas por el régimen de transición que no estaban afiliadas al régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 el 1º abril de 1994, se favorezcan de él, se desprende del derecho viviente y no tiene respaldo en expresión alguna del

precepto acusado, en este caso la Sala considera que la fórmula por medio de la cual se debe retirar del ordenamiento tal contenido normativo, es la adopción de una sentencia interpretativa, esto es, una declaración de exequibilidad condicionada del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 en el entendido que no puede extenderse el régimen pensional allí previsto, a quienes con anterioridad al 1º de abril de 1994, no se encontraban afiliados al mismo. Como ya la Sala explicó, las personas que no estaban afiliadas al régimen especial bajo estudio el 1° de abril de 1994 –salvo la excepción prevista en el artículo 2 del Decreto 1293 de 1994, es decir, quienes ya habían sido congresistas antes del 1° de abril de 1994- no tenían una expectativa legítima que generara una confianza merecedora de protección desde el punto de vista de la buena fe, y por tanto, no hay una razón que justifique un trato diferenciado preferencial.

4.3.6.2. Sobre los factores de liquidación Esta Corporación declarará la inexequibilidad de las expresiones “y por todo concepto” y “ por todo concepto” , contenidas en el inciso primero y en el parágrafo, respectivamente, del artículo 17 de la Ley 4 de 1992.

En este caso, ante la expulsión del ordenamiento de las expresiones en comento y en vista del mandato del Acto Legislativo 01 de 2005 en el sentido de que “[p]ara la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones” , la Sala considera necesario además condicionar la exequibilidad del resto del precepto censurado en el entendido que como factores de liquidación de la pensión, sólo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, que tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas al sistema de pensiones.

4.3.6.3. Sobre el Ingreso Base de Liquidación La Corte declarará la inexequibilidad de la expresión “durante el último año” , contenida en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 4 de 1992. Además, teniendo en cuenta que, de un lado, la declaración de inconstitucionalidad de la expresión referida creará un vacío en materia de regla de Ingreso Base de Liquidación, y de otro, tal vacío puede conducir a una situación de inconstitucionalidad aún más grave, pues haría imposible la liquidación de las pensiones y limitaría entonces de forma absoluta el derecho a la seguridad social en pensiones de los beneficiarios del régimen especial bajo estudio, la Sala, por medio de un condicionamiento, debe establecer un criterio compatible con la Constitución dentro del respeto al margen de configuración del Legislador.

Para el efecto, la Corte acudirá a la regla general de Ingreso Base de Liquidación prevista en los artículos 21 y 36 de la Ley 100. En efecto, el artículo 36 estableció dos reglas específicas en la materia:

(i) para quienes el 1° de abril de 1994, les faltara menos de 10 años para pensionarse, el IBL sería (a) “ el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta” para reunir los requisitos para causar el derecho a la pensión, o (b) el promedio de lo “ 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”.

(ii) En los demás casos, es decir, en la hipótesis de las personas a quienes el 1° de abril de 1994 les faltaban más de 10 años para reunir los requisitos de causación de la pensión, a falta de regla especial en el artículo 36 y teniendo en cuenta que el inciso segundo ibídem solamente ordena la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes especiales sobre edad, tiempo de cotización o servicios prestados, y tasa de reemplazo, se les debe aplicar la regla general del artículo 21 de la Ley 100, el cual indica:

“ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.” En vista de que (i) no permitir la aplicación ultractiva de las reglas de IBL de los regímenes pensionales vigentes antes de la Ley 100 fue el propósito original del Legislador;

(ii) por medio del artículo 21 y del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100, el Legislador buscó unificar las reglas de IBL en el régimen de prima media;

(iii) ese propósito de unificación coincide con los objetivos perseguidos por el Acto Legislativo 01 de 2005, específicamente con los de crear reglas uniformes que eliminen privilegios injustificados y permitan diseñar mecanismos que aseguren la sostenibilidad del sistema -de ahí que la reforma mencione expresamente el artículo 36 de la Ley 100 - la Sala considera que en este caso el vacío que dejará la declaración de inexequibilidad de la expresión “durante el último año” debe ser llenado acudiendo a las reglas generales previstas en las dos disposiciones de la Ley 100 referidas.

En consecuencia, en la parte resolutiva de esta providencia, además de declarar inexequible la expresión “durante el último año” contenida en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, la exequibilidad del resto del precepto será condicionadas a que se entienda que las reglas sobre IBL aplicables a todos los beneficiarios de ese régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso.

4.3.6.4. Sobre el mecanismo de ajuste anual de las mesadas También se declarará inexequible la expresión “Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal” , P or tanto, en lo sucesivo, las mesadas pensionales de los beneficiarios del artículo demandado se ajustarán de conformidad con lo señalado en el sistema general de pensiones, es decir, con el IPC.

4.3.6.5. Sobre los topes Respecto de la ausencia de topes, en vista de que tampoco existe una expresión en la disposición que respalde tal regla y ella es producto del derecho viviente, además de declarar en la parte motiva de este fallo que tal contenido normativo se opone a la Carta, la Sala señalará en la parte resolutiva que las mesadas correspondientes a pensiones reconocidas de conformidad con régimen especial bajo estudio, no podrán superar los 25 smmlv, es decir, el tope más alto establecido en las normas vigentes, que también fue el criterio acogido por el constituyente derivado. Más adelante se explicará desde cuándo rige esta declaración.

Tal como se señaló en las sentencias C-089 de 1997 y C-155 de 1997, debe acudirse a las reglas de tope contenidas en la normativa legal y constitucional vigente, pues ellas reflejan la decisión democrática del Congreso en ejercicio de su facultad de establecer leyes y de reformar la Constitución. Así, tanto la Ley 797 de 2003 como el Acto Legislativo 01 de 2005 coinciden en una regla de tope de 25 smmlv, ese ha sido el criterio razonable fijado por el Congreso a partir de amplios debates y con fundamento en diferentes estudios aportados por el Ministerio de Hacienda y otros organismos públicos encargados de velar por la sostenibilidad del sistema de pensiones. De igual manera, y como se explicó en precedencia, en ausencia de norma expresa en el régimen especial, rige la del sistema general de pensiones, conforme a la cual las pensiones sí están sujetas tope y, ese tope es 25 smlmv.

Para la Sala, ese criterio razonable debe tomarse en consideración en esta oportunidad con miras a eliminar los obstáculos que la inexistencia de topes en el régimen derivado del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 genera.

Habiendo entonces encontrado que las expresiones “ durante el último año y por todo concepto ”, “Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal ”, contenidas en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, así como la expresión “ por todo concepto ”, contenida en su parágrafo, resultan inexequibles, y que no resultan ajustadas a la Carta algunas interpretaciones que de la norma han hecho las autoridades judiciales y administrativas, en los términos ya expuestos, debe entonces procederse a analizar cuáles son los efectos de la decisión que habrá de adoptar la Corte.

En primer lugar , es claro que, a partir de esta sentencia, ninguna pensión, causada bajo el régimen especial de Congresistas consagrado en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, se podrá reconocer ni liquidar por fuera de las condiciones que fijan la interpretación conforme a la Constitución.

En segundo lugar , como efecto inmediato de la sentencia, a partir del 1 de julio de 2013 y sin necesidad de reliquidación, ninguna mesada pensional, con cargo a recursos de naturaleza pública, podrá superar el tope de los 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Por ello, todas las mesadas pensionales deberán ser reajustadas automáticamente a este tope por la autoridad administrativa.

Los topes existieron antes y después de la Ley 100 de 1991. La razón para su establecimiento reside en el hecho que, en los sistemas de prima media, la mesada pensional incorpora un componente sustancial de subsidio con recursos de naturaleza pública. Esto es, el sistema de aportes por cuenta del empleado y del empleador, no alcanza a generar los recursos para financiar una pensión vitalicia con las previsiones de los distintos regímenes sobre tiempo de servicios y tasa de reemplazo, lo cual implica que la diferencia se paga con recursos públicos. El legislador, en consonancia con previsiones constitucionales, encontró, que en materia pensional tales recursos deben destinarse a subsidiar las pensiones de las personas de más bajos ingresos y a ampliar la cobertura del sistema.

Por la anterior razón, cuando la ley dispone que, de manera general, todas las personas ingresarán al sistema general de pensiones, y cuando efectivamente ese ingreso se produce, salvo la consagración de un sistema de transición, resulta desproporcionado y contrario a los principios constitucionales del Estado Social de Derecho y a los que inspiran el sistema general de pensiones, la interpretación conforme a la cual las mesadas de quienes se encuentran en transición no están sujetas a tope.

Sobre esa base, la Corte encuentra que, en tanto la pretensión de que algunas mesadas pensionales no están sujetas al tope que, de manera general, se ha previsto en la Ley, resulta contraria a la Constitución, procede, como efecto de la sentencia, se produzca un ajuste inmediato de todas las pensiones que se hayan venido pagando por encima de ese tope.

En tercer lugar , y como se explica en el siguiente apartado, las autoridades administrativas revocarán o reliquidarán las pensiones que, en los términos de esta providencia, bajo el amparo del artículo 17 Ley 4 de 1992, se hayan reconocido con fraude a la ley o con abuso del derecho.

Para ello, siempre se obrará con respeto al debido proceso, no se suspenderá o alterará el pago de las mesadas pensionales hasta la culminación del procedimiento administrativo y las decisiones serán susceptibles de controversia ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En cuanto a las pensiones adquiridas de buena fe y con la confianza legítima de haber actuado de conformidad con la normatividad vigente, sin que pueda predicarse abuso del derecho ni fraude a la ley, se harán también las consideraciones que a continuación se explican.

4.4. LOS DERECHOS ADQUIRIDOS PROTEGIDOS EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL 01 DE 2005 El artículo 17 de la Ley 4 de 1992, tal y como se encuentra actualmente configurado como derecho viviente, resulta en la mayor parte de sus aspectos, contrario a la cláusula de igualdad y desproporcionado desde el punto de vista de los principios que guían la seguridad social y los fundamentos y fines del Estado Social de Derecho, según el artículo 48 Superior y las disposiciones adoptadas por el Acto Legislativo 1 de 2005.

No obstante, no desconoce esta Corporación que el Constituyente estableció en el Acto Legislativo 1 de 2005 una protección a los derechos pensionales adquiridos según la cual, tal como se explicó en apartes previos, no es posible afectar la existencia misma del derecho a la pensión.

Sin embargo, se analizará si los efectos del derecho, representados en el pago de las mesadas pensionales futuras, en razón del carácter retrospectivo de las normas, [229] pueden ser cobijados por los efectos de este fallo.

Cabe desde aquí señalar que la garantía de los derechos adquiridos no es absoluta. De igual manera, esta Corporación ha afirmado sostenidamente, que ningún derecho, ni siquiera los derechos fundamentales, tienen este carácter.

En vista de lo anterior y en concordancia con lo estudiado en el acápite de derechos adquiridos de la parte motiva de esta providencia, constituyen elementos intangibles de los derechos adquiridos las relaciones ya consagradas o a las situaciones agotadas definitivamente, es decir, derechos que ya han ingresado de manera irreversible al patrimonio de la persona.

La consecuencia de ello es que esta sentencia no puede ser invocada para exigir devoluciones de dinero por concepto de ingresos pensionales.

No obstante, ello no se traslada de forma automática a los efectos que se proyectan hacia el futuro. Estos no son absolutamente inmunes, puesto que la intangibilidad sólo se predica del derecho mismo -derecho a la pensión- y de los efectos ya producidos -mesadas pensionales pasadas-.

En atención a las anteriores consideraciones, resultaría contrario a todo lo previamente expuesto en relación con los propósitos del Estado Social de Derecho, de los principios de igualdad y los del sistema de seguridad social en pensiones, no someter, bajo ciertas condiciones, las mesadas futuras, a la declaratoria de inconstitucionalidad que aquí se constata. Cabe recordar que el pago de las mesadas pensionales causadas de conformidad con el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 cuenta con un importante componente de subsidio estatal, y por tanto, al tratarse de recursos de naturaleza pública, estos pueden ser legítimamente limitados, en aras de cumplir con los propósitos de un Estado Social de Derecho.

En materia pensional, el Acto Legislativo 1 de 2005 estableció que para que procediera la protección constitucional de los derechos pensionales estos debían: (i) ser adquiridos con arreglo a la ley, (ii) reconocidos conforme a derecho y (iii) en su causación se prohíbe el abuso del derecho. Particularmente la reforma constitucional al artículo 48 consagró:

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

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

(…) "En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos". (….) "La ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en las convenciones y laudos arbitrales válidamente celebrados".

El ámbito de protección de los derechos adquiridos resguardados tanto por el artículo 58 Superior como por el Acto Legislativo 1 de 2005, son aquellos causados de conformidad con el ordenamiento jurídico y sin abuso al derecho. Estos son los derechos pensionales amparados por el Constituyente.

Pero de igual manera, y tal como se desarrolló en la parte motiva de esta providencia, también existe una protección constitucional al principio de buena fe y confianza legítima de aquellos que actuaron bajo la convicción de estar obrando de conformidad con la normatividad vigente. Por ello deberán hacerse las siguientes distinciones:

4.4.1. Pensiones adquiridas con abuso al derecho o fraude de la ley El artículo 58 Superior y el Acto Legislativo 1 de 2005 protegen los derechos adquiridos siempre y cuando se hayan adquirido sin fraude a la ley ni abuso del derecho.

Es decir, no se configura propiamente un derecho adquirido cuando se ha accedido a éste (i) por medios ilegales, (ii) con fraude a la ley o (iii) con abuso del derecho.

Lo expuesto en la parte motiva de esta providencia permite establecer qué tipos de pensiones corresponden a esta categoría. En primer término , claro está no constituirán derechos pensionales adquiridos aquellos que ha sido causados a través de conductas como la alteración de documentos, la falsedad, entre otras. Este caso extremo puede haber ocurrido en muy pocas ocasiones, pero no por ello debe dejar de mencionarse.

En segundo lugar , tal y como se explicó, en las figuras del fraude a la ley y abuso del derecho, se presenta un elemento objetivo que se traduce en el aprovechamiento de la interpretación judicial o administrativa de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles con el ordenamiento jurídico y aquél que invoca las normas de una forma claramente excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue.

En este orden de ideas, el juez y la administración tienen el deber de evitar que se interpreten los textos legales de manera que se cometa fraude a los principios del sistema.

Recuerda la Corte que, para ese menester se tendrá en cuenta, de manera preponderante, la dimensión objetiva de los conceptos del abuso del derecho y fraude a la ley, de manera que no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación de la ley que, a la luz de lo establecido en esta sentencia, resulta contrario a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación.

En materia pensional con frecuencia se presentan situaciones de abuso del derecho, que se encuadran dentro de esta segunda hipótesis, que dan lugar al reconocimiento de pensiones con ventajas irrazonables frente a la verdadera historia laboral del peticionario, que generan un desequilibrio manifiesto del principio de igualdad, y fruto de un aprovechamiento de las interpretaciones que las autoridades judiciales y administrativas han hecho de las normas.

Esto suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición, obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral, y por el contrario, representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva. Ello en aprovechamiento de las tesis de algunas corporaciones judiciales sobre las reglas de la transición y del Ingreso Base de Liquidación.

Cabe señalar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento, se repite, debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.

En estos eventos, los incrementos significativos de los ingresos del servidor en sus últimos años de servicios –incremento que escapa el sendero ordinario de su carrera salarial- conducen a una pensión que no guarda ninguna relación con los aportes que acumuló en su vida laboral y que, por tanto, imponen al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para poder pagar la pensión reconocida.

Estos casos suelen además estar acompañados de vinculaciones precarias al cargo en virtud del cual se produce el aumento del ingreso base de liquidación, a través de figuras como las suplencias en el caso de los Congresistas, el encargo en el caso de Magistrados, y la provisionalidad, en los demás casos en que el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, es aplicable.

En este punto debe recordarse que si bien es cierto la Corte ha avalado la existencia de algunos regímenes pensionales especiales, también lo es que, dado su carácter excepcional y su impacto en las finanzas públicas, sus reglas deben ser de interpretación restringida y no pueden ser extendidas por analogía a casos de servidores no cobijados por ellos.

Otro ejemplo se presenta cuando un servidor durante la mayor parte de su vida laboral cotiza de acuerdo con las reglas que definen topes de las cotizaciones. Luego, en el último año de servicios –según el régimen especial del que es beneficiario- cotiza al sistema sin tope con el fin de luego obtener una pensión sin tope, amparado por la doctrina de la integralidad de los regímenes pensionales.

En todos estos casos, el pensionado no tiene un derecho adquirido, y por tanto, en aras de dar cumplimiento a la presente providencia, la Administración podrá proceder a revocar y reliquidar el derecho pensional con el objeto de hacerlo compatible con el ordenamiento jurídico y con el régimen pensional que realmente le corresponde.

En efecto, en la concesión de estos derechos pensionales no se respetó la legalidad. Sin embargo, dicha reliquidación no puede ser arbitraria.

Por todo lo anterior, la Administración deberá revocar o reliquidar unilateralmente el acto, con efectos hacia futuro, a través de un procedimiento que garantice a los afectados su derecho a la defensa y con la posibilidad de la interposición de los recursos pertinentes.

Además, el administrado podrá acudir a las acciones contenciosas correspondientes. De igual manera, se reitera que para proceder a esta revocatoria se requerirá:

(i) el respeto pleno del debido proceso, (ii) mientras se adelanta el procedimiento administrativo no es posible suspender el pago de la pensión y (iii) corresponde a la Administración desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto de reconocimiento de la pensión.

Cabe también dejar claro que los términos de caducidad de posibles acciones contenciosas contra estos actos de reconocimiento pensional, se reanudarán y empezarán nuevamente a contarse a partir de la fecha de la comunicación de esta providencia.

De igual manera, si a los afectados les asiste el derecho pensional de conformidad con otro régimen especial, se les debe dar la opción de escoger la situación más favorable, a partir de la voluntad que ellos mismos manifiesten, y procederse a reliquidar nuevamente su pensión con base en este régimen al que tienen derecho.

En estos casos debe también tenerse en consideración el mínimo vital del pensionado o de sus beneficiarios y asegurarse la protección de los derechos de las personas de la tercera edad.

Para realizar estas revocatorias y reliquidaciones, las autoridades administrativas tendrán un plazo máximo, hasta el 31 de diciembre de 2013, para hacerlas efectivas. Lo anterior, teniendo en cuenta la complejidad de algunas de las órdenes dadas en esta sentencia en relación con las capacidades operativas de las entidades obligadas al cumplimiento. De igual manera, las autoridades deben estudiar minuciosamente cada situación en particular para evitar incurrir en reliquidaciones que no respeten los criterios anteriormente enunciados y tomar las decisiones correspondientes debidamente justificadas.

De igual manera, resulta prohibido para las entidades administradoras de estas pensiones, suspender los pagos de las mesadas pensionales por demoras administrativas en la realización de estos reajustes.

4.4.2. Pensiones reconocidas sin abuso del derecho ni fraude a la ley No desconoce la Corte que un gran número de pensiones fueron adquiridas sin abuso del derecho ni fraude a la ley, y no se encuadran dentro de las hipótesis anteriormente descritas.

No obstante, resulta necesario distinguir dos situaciones. La primera referida a aquellos derechos pensionales, causados al amparo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, de aquellos beneficiarios que se encontraban efectivamente en el régimen al 1 de abril de 1994 y que fueron adquiridas cumpliendo todos los requisitos legales, atendiendo los criterios jurisprudenciales vigentes, bajo la convicción de estar actuando de buena fe y bajo los factores salariales de cotización establecidos por el Gobierno Nacional, no por voluntad del cotizante. En estos eventos, la Corte debe buscar una medida que armonice lo resuelto en esta oportunidad con el respeto constitucional a la buena fe y a la confianza legítima, así como el derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad.

En la segunda , se encuentran aquellas situaciones que a pesar de no encuadrar en las hipótesis de abuso del derecho ni fraude a la ley, no puede predicarse de ellas un completo cumplimiento de las condiciones para hacerse acreedor del régimen pensional dispuesto en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992.

A continuación se describen entonces estas dos últimas categorías y se establecen los efectos frente a lo decidido en esta providencia: 4.4.2.1.

Pensiones amparadas por la confianza legítima y la buena fe En esta categoría se encuentran incluidos todos aquellos beneficiarios del régimen especial dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, que se encontraban vinculados a este régimen, de conformidad con la normatividad vigente, al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993, esto es, al 1 de abril de 1994.

Cabe aclarar, como se explicó al hacer el recuento normativo del régimen especial de Congresistas, se encuentran incluidos como beneficiarios en el régimen de transición a su favor, quienes fueron elegidos para la legislatura del 20 de julio de 1994, en los términos del parágrafo del artículo 3 del Decreto 1293 de 1994.

Además de esta condición, el derecho pensional fue adquirido cumpliendo todos los requisitos legales, atendiendo los criterios jurisprudenciales vigentes, bajo la convicción de estar actuando de buena fe y bajo los factores salariales de cotización establecidos por el Gobierno Nacional, no por voluntad del cotizante.

Estas mesadas, deben ser ajustadas, sin necesidad de hacer reliquidaciones caso por caso , hasta bajar a 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, tope pensional que fue dispuesto por el Constituyente como razonable. Es decir, aquí no se trata de una reliquidación sino de un ajuste hacia el futuro.

En este orden de ideas, disminuir aún más su monto aplicando en forma retroactiva las consideraciones de esta providencia en relación con el ingreso y los factores de liquidación atentaría contra los derechos adquiridos y el principio de confianza legítima de quienes accedieron a ellas dentro de las condiciones especiales de un régimen vigente, que incluso había sido declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-608 de 1992.

Son varias las razones que justifican esta decisión: En primer lugar , tal y como se desarrolló en la parte motiva de esta providencia, en virtud del principio de confianza legítima que encuentra respaldo en el principio de buena fe , las autoridades y los particulares tienen que respetar sus actuaciones, así como también honrar los compromisos adquiridos, a fin de garantizar la estabilidad y durabilidad del sistema.

En efecto, de acuerdo con el entendimiento que le ha dado la Corte a la confianza legítima, se trata de un principio con raigambre constitucional que, entre otros efectos, tiene el de prohibirles a las autoridades públicas y a los poderes privados que prestan servicios públicos “contravenir sus actuaciones precedentes y [d] efraudar las expectativas que generan en los demás, a la vez que compelen a las autoridades y a los particulares a conservar una coherencia en sus actuaciones, un respeto por los compromisos adquiridos y una garantía de estabilidad y durabilidad de las situaciones que objetivamente permitan esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico” .

[230] Esto mismo es predicable en relación con los factores salariales que se tuvieron en cuenta al momento de liquidar la pensión. Frente a ellos resultaría abiertamente irrazonable aplicar de forma retroactiva lo aquí decidido en relación con dichos factores. Si bien es cierto que los beneficiarios del régimen dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 accedieron a estas pensiones después de haber cotizado sobre factores salariales diferentes que no permiten que se produzca una relación de correspondencia entre lo cotizado y el monto de la mesada, esta situación obedece a decisiones adoptadas por la rama ejecutiva del poder público, mediante decretos que desarrollaron la Ley 4 de 1992 y a otras determinaciones de autoridades administrativas o judiciales. Los pensionados se sujetaron a dichas reglas, cotizaron sobre los factores que el Gobierno Nacional había establecido y prestaron sus servicios como Congresistas, Magistrados o los demás cargos que por disposición normativa les era aplicable el régimen dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992. Es por ello que es imposible pretender que sus cotizaciones hayan logrado acumular un capital que financie, sin subsidio alguno, su pensión como si estuvieran inscritos en un régimen pensional diverso como el régimen general, o peor aún, un régimen de ahorro individual.

En segundo lugar , como quedó evidenciado en los capítulos precedentes, uno de los fines del Estado Social de Derecho es garantizar un mínimo vital a todos asociados. En este orden de ideas, una reducción adicional a los 25 salarios, podría implicar una disminución manifiestamente desproporcionada de su ingreso representado en sumas de dinero a las cuales acceden conforme a derecho, puesto que tales pensiones fueron reconocidas dentro de las condiciones especiales dispuestas por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992. Esto puede poner en grave riesgo el mínimo vital de los interesados que tiene, como lo ha dicho la jurisprudencia constitucional, una dimensión cualitativa y de conformidad con las condiciones particulares.

Consustancial al derecho a recibir la prestación periódica o mesada pensional, es el derecho que le asiste a su titular a que ésta sea proporcional a las condiciones económicas que le aseguraban una existencia digna para aquél y su familia durante su vida productiva se mantengan y se prolonguen en la etapa en que sus capacidades laborales se ven disminuidas o han desaparecido, y en la cual requiere del necesario sosiego o descanso.

A juicio de la Corte, “es comprensible que ello sea así, puesto que, si el concepto de mínimo vital no se identifica con el salario mínimo ni con una valoración numérica de las necesidades biológicas mínimas por satisfacer o para subsistir [231] , entonces el reconocimiento de una mesada por un valor inferior al que por ley corresponde al pensionado le impide disponer de unas condiciones de vida acordes ‘con la apreciación material del valor del trabajo realizado antes de obtener la jubilación y de las necesidades y propósitos que la persona se plantea para él y su familia’ [232] .” En tercer lugar , esta reducción abrupta se traduciría en una trasgresión de los fines propios del Estado Social de Derecho que esta misma sentencia pretende proteger, especialmente un desconocimiento de la obligación estatal de resguardar en forma especial los derechos de la personas de la tercera edad. Así, la mayoría de los pensionados del régimen especial de Congresistas hace parte de esta población, que ya no encuentra acogida en el mercado laboral y es en esta etapa de la vida en donde requiere de un ingreso que le permita solventar sus obligaciones e incluso hacer frente a las contingencias que la vejez acarrea.

El ajuste de las mesadas debe ocurrir a partir del 1 de julio de 2013, con el fin de permitir ajustes en la nómina y no exponer a los funcionarios públicos de las entidades competentes a la imposibilidad de cumplir el fallo, con los riesgos jurídicos que ello tendría.

De igual manera, resulta prohibido para las entidades administradoras de estas pensiones, suspender los pagos de las mesadas pensionales por demoras administrativas en la realización de este reajuste.

4.4.2.2. Pensiones reconocidas a través de la equiparación En esta categoría se encuadran varias situaciones. En esta hipótesis, estarían aquellos derechos pensionales causados en virtud del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 de aquellos

funcionarios que al 1 de abril de 1994 no se encontraban inscritos en el régimen especial dispuesto por este artículo 17, y obtuvieron una liquidación o reliquidación de la pensión con clara desproporción, en relación con la que le habría correspondido en una aplicación conforme a la Constitución del mencionado régimen.

En este orden de ideas, y como se desarrolló en precedencia estas pensiones fueron reconocidas en desconocimiento de lo establecido en la Sentencia C-596 de 1997 que señaló que para ser beneficiario de un régimen especial, en razón del régimen de transición, resultaba necesario estar afiliado al mismo al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993.

También encuadran dentro de esta situación, aquellos derechos pensionales causados en el régimen especial de Congresistas, pero que a través de decisiones administrativas o judiciales, obtuvieron el reajuste de su pensión con el único propósito de equiparar la pensión del interesado a la de otro congresista que se pensionó con base en un ingreso superior, sin que existiese norma que ordenara tal equiparación.

Es decir, que reclamaron, principalmente, a través de procesos judiciales y alegando el derecho a la igualdad matemática- que el monto de su pensión fuese exactamente igual al de otro Congresista, quien recibió ingresos diversos al peticionario. Bajo esta argumentación obtuvieron una mesada pensional con total falta de correspondencia entre lo recibido por el funcionario y lo cotizado, que incidió en forma desproporcionada en el monto efectivamente recibido por el congresista -u otro funcionario- en el monto de su pensión.

Todo lo anterior, desconociendo lo señalado por la sentencia C-608 de 1999 que estableció que resultaba necesario que el ingreso para reclamar la pensión- en el régimen especial de Congresistas- fuere el efectivamente recibido por el beneficiario, no por otro congresista y además ordenó que permanecieran en su cargo al menos un año.

También se incluyen las pensiones causadas con posterioridad al 31 de julio de 2010. En relación con éstas, resultaba necesario aplicar los nuevos criterios consagrados en el Acto Legislativo 1 de 2005, específicamente:

(i) el tope de los 25 salarios mínimos mensuales vigentes y (ii) la efectiva correspondencia entre lo cotizado y la pensión recibida. En estas situaciones y teniendo en cuenta que se trata de eventos ajenos a lo previsto del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, pero que no fueron causadas con abuso del derecho ni fraude a la ley, sí es procedente su reliquidación por debajo del tope de los 25 salarios mínimos.

No obstante, esta reliquidación debe respetar el debido proceso y no puede haber reducciones de las mesadas manifiestamente desproporcionadas, contrarias al mínimo vital y que vulneren los derechos de las personas de la tercera edad.

Tampoco se le puede exigir al pensionado que a su avanzada edad reingrese al mercado laboral para completar los requisitos que le hagan falta. Por eso, a estas personas se les debe dar la opción de escoger la situación más favorable, a partir de la voluntad que ellas mismas manifiesten.

Lo anterior, además, teniendo en cuenta que el pensionado puede tener derecho a otro régimen pensional especial al que cotizó durante un considerable espacio de tiempo y al que estaba inscrito al 1 de abril de 1994.

El Acto Legislativo 01 de 2005 consagra que la "La ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en las convenciones y laudos arbitrales válidamente celebrados".

Hasta la fecha, el legislador no ha desarrollado tal disposición, y por tanto, no existe actualmente en el ordenamiento jurídico un procedimiento específico y propio para la revocatoria de estas pensiones.

No obstante, al no haber sido desarrollado aún por el legislador, debe darse aplicación a las herramientas con las que en la actualidad se cuenta y que se encuentran establecidas en los artículos 19 y 20 de la Ley 797 de 2003.

Así, a pesar que con posterioridad a la expedición de este acto legislativo, no se ha regulado el procedimiento por él contemplado, los artículos 19 y 20 de la Ley 797 de 2003, le permiten a la administración contar con herramientas legales para proceder a la realización de las reliquidaciones, de las revocatorias y de las revisiones de sentencias judiciales.

Este procedimiento fue diseñado para otras causales y fue adoptado antes de 2005. Por lo tanto, no constituye el desarrollo del mandato contenido en el Acto Legislativo. Sin embargo, en ausencia de un vehículo legal específico, para esta hipótesis se dará aplicación a los artículo 19 y 20 de dicha ley. El primero, para las pensiones reconocidas exclusivamente por vía administrativa. El segundo, para las pensiones reconocidas en cumplimiento de una sentencia judicial sobre el alcance del derecho a la pensión, el derecho a la igualdad u otro derecho atinente al alcance del derecho pensional del interesado, no simplemente sobre el derecho de petición.

En este orden de ideas, estas normas consagran un procedimiento específico para la revocatoria de pensiones reconocidas a través de acto administrativo (art. 19) y un recurso de revisión judicial frente a las reconocidas por sentencias (art. 20). Las normas disponen:

“ARTÍCULO 19. REVOCATORIA DE PENSIONES RECONOCIDAS IRREGULARMENTE. <CONDICIONALMENTE exequible> Los representantes legales de las instituciones de Seguridad Social o quienes respondan por el pago o hayan reconocido o reconozcan prestaciones económicas, deberán verificar de oficio el cumplimiento de los requisitos para la adquisición del derecho y la legalidad de los documentos que sirvieron de soporte para obtener el reconocimiento y pago de la suma o prestación fija o periódica a cargo del tesoro público, cuando quiera que exista motivos en razón de los cuales pueda suponer que se reconoció indebidamente una pensión o una prestación económica. En caso de comprobar el incumplimiento de los requisitos o que el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa, debe el funcionario proceder a la revocatoria directa del acto administrativo aun sin el consentimiento del particular y compulsar copias a las autoridades competentes.

ARTÍCULO 20. REVISIÓN DE RECONOCIMIENTO DE SUMAS PERIÓDICAS A CARGO DEL TESORO PÚBLICO O DE FONDOS DE NATURALEZA PÚBLICA. Las providencias judiciales que hayan decretado o decreten reconocimiento que impongan al tesoro público o a fondos de naturaleza pública la obligación de cubrir sumas periódicas de dinero o pensiones de cualquier naturaleza podrán ser revisadas por el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con sus competencias, a solicitud del Gobierno por conducto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del Contralor General de la República o del Procurador General de la Nación.

La revisión también procede cuando el reconocimiento sea el resultado de una transacción o conciliación judicial o extrajudicial. La revisión se tramitará por el procedimiento señalado para el recurso extraordinario de revisión por el respectivo código y podrá solicitarse por las causales consagradas para este en el mismo código y además:

a) Cuando el reconocimiento se haya obtenido con violación al debido proceso, y b) Cuando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legalmente aplicables.” Cabe señalar que la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley 797 de 2003 fue condicionada en la Sentencia C-835 de 2003. Allí se dijo que para proceder a esta revocatoria se requería:

(i) el respeto pleno del debido proceso, (ii) mientras se adelanta el procedimiento administrativo no es posible suspender el pago de la pensión, (iii) corresponde a la administración desvirtuar la presunción de inocencia del pensionado y (iv) para proceder a la revocatoria se requiere que se encuentre demostrada la ilegalidad. Es decir, tal y como lo dispuso la Sentencia C-835 de 2003 cuando el litigio versa sobre problemas de interpretación del derecho; como por ejemplo, el régimen jurídico aplicable, la aplicación de un régimen de transición; o la aplicación de un régimen especial frente a uno

general; estos litigios deben ser definidos por los jueces competentes de conformidad con el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 y en consecuencia no procede la revocatoria directa del acto administrativo sin el consentimiento del particular. Dijo la providencia:

“Desde luego que en desarrollo del debido proceso la revocatoria establecida en el artículo 19 de la ley 797 de 2003 tiene que cumplir satisfactoriamente con la ritualidad prevista en el Código Contencioso Administrativo o en los estatutos especiales que al respecto rijan.

Vale decir, con referencia al artículo 19 acusado el acto administrativo por el cual se declara la revocatoria directa de una prestación económica, deberá ser la consecuencia lógica y jurídica de un procedimiento surtido con arreglo a los artículos 74 , 28 , 14 , 34 y 35 del Código Contencioso Administrativo, sin perjuicio de la aplicación de las normas de carácter especial que deban privilegiarse al tenor del artículo 1 del mismo estatuto contencioso. Pero en todo caso, salvaguardando el debido proceso.

Igualmente, mientras se adelanta el correspondiente procedimiento administrativo se le debe continuar pagando al titular –o a los causahabientes- de la pensión o prestación económica las mesadas o sumas que se causen, esto es, sin solución de continuidad. Y como respecto del titular obra la presunción de inocencia, le corresponde a la Administración allegar los medios de convicción que acrediten la irregularidad del acto que se cuestiona. Es decir, la carga de la prueba corre a cargo de la Administración.

Por lo tanto, los motivos que dan lugar a la hipótesis revocatoria del artículo 19 no pueden entenderse de manera indeterminada, aislada, ni al margen del debido proceso. Antes bien, la manifiesta ilegalidad , tanto de las conductas reprochadas como de los medios utilizados para acceder a la prestación económica que se cuestione, debe probarse plenamente en el procedimiento administrativo que contemplan las prenotadas disposiciones, para lo cual el titular del derecho prestacional o sus causahabientes deberán contar con todas las garantías que inspiran el debido proceso en sede administrativa, destacándose el respeto y acatamiento, entre otros, de los principios de la necesidad de la prueba, de la publicidad y la contradicción; y por supuesto, imponiéndose el respeto y acatamiento que ameritan los términos preclusivos con que cuenta el funcionario competente para adelantar y resolver cada etapa o lapso procedimental. Así, la decisión revocatoria, en tanto acto reglado que es, deberá sustentarse en una ritualidad sin vicios y en una fundamentación probatoria real, objetiva y trascendente, en la cual confluyan de manera evidente todos los elementos de juicio que llevaron al convencimiento del funcionario competente para resolver. En conclusión, entre la parte motiva y la parte resolutiva del acto de revocatoria directa deben mediar relaciones de consonancia que estén acordes con los respectivos mandatos constitucionales y legales, particularmente, con el debido proceso, la legalidad de los derechos adquiridos y la defensa del Tesoro Público.

Recordando además que, en materia de supresión de actos administrativos, no es lo mismo cuando interviene un funcionario administrativo que cuando interviene el juez; y que, en todo caso, la revocatoria directa de un acto administrativo que reconoce una pensión o prestación económica sólo puede declararse cuando ha mediado un delito.

La Corte deja claramente establecido que cuando el litigio versa sobre problemas de interpretación del derecho; como por ejemplo, el régimen jurídico aplicable, la aplicación de un régimen de transición; o la aplicación de un régimen especial frente a uno general; estos litigios deben ser definidos por los jueces competentes de conformidad con el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 y que en consecuencia no procede la revocatoria directa del acto administrativo sin el consentimiento del particular. “ Sólo bajo estos lineamientos se declarará la exequibilidad condicionada del artículo 19 de la ley 797 de 2003; en el entendido que el incumplimiento de los requisitos o que el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa, se refiere siempre a conductas que estén tipificadas como delito por la ley penal.” Los

condicionamientos consagrados en la Sentencia C-835 de 2003, deben ser plenamente aplicados por las entidades responsables, para los procedimientos que se adelantarán para dar cumplimiento a la presente providencia.

Cabe también dejar claro que los términos de caducidad de posibles acciones contenciosas contra estos actos de reconocimiento pensional, se reanudarán y empezarán nuevamente a contarse a partir de la fecha de la comunicación de esta providencia.

No se fija plazo para efectuar estas reliquidaciones o revisiones porque no han sido reconocidas con abuso del derecho o fraude a la ley. De igual manera, resulta prohibido para las entidades administradoras de estas pensiones, suspender los pagos de las mesadas pensionales por demoras administrativas en la realización de estos reajustes.

Finalmente, cabe indicar que los administradores responsables deben ser cuidadosos al aplicar estos procedimientos, en especial, al tomar la decisión de iniciarlos. El ajuste a 25 salarios hacia el futuro satisface los mandatos constitucionales. Por lo tanto, la pertinencia de una reducción adicional hacia el futuro debe ser sopesada caso por caso y justificada a la luz de la magnitud de la reducción de la mesada y del impacto que ello podría tener en personas cuyos derechos al mínimo vital no pueden ser desconocidos. Por lo tanto, al cumplir esta sentencia disponen de un margen razonable para decidir, de manera justificada, en qué casos particulares procede iniciar estos procedimientos.

4.5. LOS RECURSOS AHORRADOS EN VIRTUD DE ESTE FALLO NO CONSTITUIRÁN AHORRO FISCAL Tal y como se analizó al estudiar el capítulo sobre el Estado Social de Derecho, en este modelo de Estado, el principio de sostenibilidad fiscal no puede ser invocado para menoscabar los derechos fundamentales, ni restringir su alcance o negar su protección efectiva (Acto Legislativo 3 de 2011).

De igual manera, el artículo 48 Superior, tal y como fue modificado por el Acto Legislativo 1 de 2005, ordena al Estado garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional en aras de asegurar su cobertura universal, la inclusión de las clases menos favorecidas y el pago efectivo de las mesadas pensionales.

En este caso, se han demostrado las claras restricciones que en materia de cobertura, universalidad, eficiencia y solidaridad padece nuestro actual sistema de seguridad social en pensiones. En este orden de ideas, una decisión exclusivamente dirigida a promover el ahorro fiscal para reducir el déficit no se compadece con las obligaciones estatales en materia de garantía efectiva del derecho a la seguridad social de todos los habitantes del país.

Por ello, en el cumplimiento del presente fallo se han de adoptar las medidas conducentes a asegurar que el ahorro fiscal obtenido como resultado de los reajustes dispuestos en la parte resolutiva sean dirigidos al aumento de la cobertura del sistema general de pensiones.

En este orden de ideas, la imposición de límites razonables en el monto que puede recibir una persona por concepto de la pensión, siempre que se trate de aquellas que se pagan con cargo a recursos de naturaleza pública, se encuentra encaminado a que el Estado adopte medidas para redistribuir los recursos y aumentar la cobertura del sistema pensional.

El principio de sostenibilidad fiscal sólo es relevante en cuanto justifica que el ahorro generado por esta providencia sea destinado a ampliar la cobertura del sistema pensional en beneficio de las personas de escasos recursos, como lo ordena el principio de Estado Social de Derecho.

5. CONCLUSIONES En las secciones anteriores han sido expuestos los argumentos por los cuales serán declaradas inexequibles algunas expresiones del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, cuyo alcance evolucionó en el derecho viviente en un sentido contrario a la Carta. También se ha explicado por qué es necesario que las pensiones obtenidas con abuso del derecho o con fraude a la ley sean reliquidadas a 31 de diciembre de 2013. Igualmente, como efecto inmediato de la sentencia, a partir del 1 de julio de 2013 y sin necesidad de reliquidación, ninguna mesada pensional, con cargo a recursos de naturaleza pública, podrá superar el tope de los 25 salarios.

De igual manera, resulta claro que el régimen dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, es constitucional si se entiende que: (i) no puede extenderse el régimen pensional allí previsto, a quienes con anterioridad al 1º de abril de 1994, lo cual incluye lo establecido en el artículo 2 del Decreto 1293 de 1994, no se encontraren afiliados al mismo, (ii) como factores de liquidación de la pensión solo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas, (iii) las reglas sobre Ingreso Base de Liquidación aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso y (iv) las mesadas correspondientes no podrán superar los veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Bajo esta óptica, la Sala Plena encontró que el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, en su sentido natural y en concordancia con su configuración viviente, resulta contrario al ordenamiento constitucional por cuanto (i) desconoce el derecho a la igualdad, en armonía con los principios constitucionales de universalidad, solidaridad y eficiencia que rigen un sistema pensional equitativo, (ii) genera una desproporción manifiesta entre algunas pensiones reconocidas al amparo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 cuando, además, (iii) existe falta absoluta de correspondencia entre el valor de la pensión y las cotizaciones, lo cual conduce a que dicha desproporción excesiva sea (iv) financiada con recursos públicos mediante un subsidio muy elevado. Esto es, además, (v) incompatible con el principio de Estado Social de Derecho, puesto que si bien los subsidios en regímenes especiales no son per se contrarios a dicho principio fundamental, sí lo son los subsidios carentes de relación con el nivel de ingresos y la dedicación al servicio público del beneficiario del elevado subsidio.

Por lo tanto, en esta sentencia el principio de sostenibilidad fiscal sólo es relevante en cuanto justifica que el ahorro fiscal sea destinado a ampliar la cobertura del sistema pensional en beneficio de las personas de escasos recursos, como lo ordena el principio de Estado Social de Derecho. En ningún caso se puede concluir que los recursos públicos que ya no están destinados a subsidiar las pensiones excesivamente desproporcionadas van, en adelante, a ser destinados a reducir el déficit pensional actual.

En cuanto a los efectos de la presente providencia en relación con las mesadas pensionales causadas con anterioridad a su expedición, la Corte ha considerado pertinente realizar ciertas diferenciaciones:

1. Es posible que algunas pensiones hayan sido reconocidas con fundamento en el artículo 17 demandado sin abuso del derecho y sin fraude a la ley, y además, el beneficiario se encontraba en el régimen especial al 1 de abril de 1994, en los términos señalados en la presente providencia.

En este caso, las mesadas de tales pensiones han sido ajustadas al criterio de los 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes. En aquellos eventos, disminuir aún más las mesadas procediendo a reliquidar todas las pensiones de manera retroactiva desconocería derechos adquiridos y atentaría contra el principio de confianza legítima de quienes accedieron a la pensión de buena fe, como titulares del derecho o por vía de una sustitución pensional. Además, sería inadmisible una reducción excesivamente desproporcionada de estas pensiones porque ello sería contrario, no solo a las razones que justifican esta providencia, sino al derecho al mínimo vital y a la especial protección debida a las personas de la tercera edad, para quienes es imposible reiniciar su actividad laboral para suplir el impacto que tendría una reducción excesiva de su pensión.

Quienes de buena fe accedieron a una pensión en el régimen especial fundado en el artículo 17 demandado, tendrán un ajuste de la mesada hasta llegar a 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Una reducción adicional de las mesadas podría implicar, según el caso, una reducción manifiestamente desproporcionada de su ingreso representado mensualmente en sumas de dinero a las cuales acceden conforme a derecho, puesto que tales pensiones fueron reconocidas dentro de las condiciones especiales de un régimen especial que estaba vigente y había sido declarado exequible por la Corte Constitucional en 1999.

Es cierto que varias personas accedieron a estas pensiones después de haber cotizado sobre factores salariales diferentes, determinados por las autoridades administrativas competentes, con variaciones a lo largo del tiempo, que impiden concluir que el monto actual de la pensión guarda una relación de correspondencia perfecta entre lo cotizado y el monto de la mesada. Sin embargo, esta situación obedece a decisiones adoptadas por la rama ejecutiva del poder público, mediante decretos que desarrollaron la Ley 4 de 1992 y a otras determinaciones de autoridades administrativas o judiciales. Los pensionados se sujetaron a dichas reglas, cotizaron sobre los factores que el gobierno nacional había establecido, y prestaron sus servicios como congresistas - o un cargo que les permitió invocar a su favor el artículo 17 - durante los periodos para los cuales fueron elegidos. Estos pensionados tienen un derecho adquirido a acceder a una pensión de conformidad con las reglas del régimen especial, por lo cual es imposible a la luz de la Constitución desconocer de manera retroactiva dicho derecho materializado en la pensión que efectivamente le fue reconocida al pensionado, o sea, pretender que les sea aplicado el régimen general de prima media anterior o posterior a la Ley 100 de 1993, ni mucho menos exigir que sus cotizaciones hayan logrado acumular un capital que financie, sin subsidio alguno, su pensión como si estuvieren inscritos en otro régimen pensional que obedece a una lógica completamente distinta.

Acceder a una pensión mediante un régimen especial justifica diferencias entre estas pensiones y las generales siempre y cuando tales diferencias no sean manifiestamente desproporcionadas y carentes de toda correspondencia entre lo cotizado y el monto de la pensión.

Pero la prohibición de desproporción manifiesta no significa que las pensiones dentro de un régimen especial puedan ser asimiladas, en sentido contrario con el fin de reducirlas, a las pensiones obtenidas en el régimen general ni mucho menos a las que son reconocidas dentro de un régimen de capitalización completamente diferente al régimen de prima media. La garantía a los derechos adquiridos exige respetar el derecho a la pensión y la prerrogativa de acceder a esa pensión dentro de un régimen especial, incluso si esto significa que las mesadas son superiores a las generales, siempre que no superen los 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En el mismo sentido el principio de confianza legítima protege a las personas que de buena fe efectuaron sus cotizaciones, obtuvieron reconocimiento de la pensión dentro del régimen especial y han contado con la aquiescencia del Estado durante varios años.

Probablemente, en algunos casos, la aplicación de los numerales (ii) y (iii) en el ordinal tercero de la parte resolutiva de esta sentencia, reduciría dichas pensiones por debajo de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Sin embargo, dicha reducción desconocería la confianza legítima de personas que hayan actuado de buena fe, como se indica en la parte motiva de esta sentencia, y, por lo tanto, tienen el derecho a que su situación avalada por el Estado continúe, máxime si una disminución por debajo de dicho límite afecta gravemente el derecho al mínimo vital de personas de la tercera edad. También las protege el principio de favorabilidad en materia pensional.

2. La situación de estos pensionados difiere de otros que accedieron a su pensión sin que reunieran plenamente los requisitos del régimen especial. Aquí pueden distinguirse dos situaciones:

2.1 Aquellas pensiones adquiridas de forma ilegal, con fraude a la ley o con abuso al derecho. Éstas se revisarán por los representantes legales de las instituciones de seguridad social competentes, quienes podrán revocarlas o reliquidarlas, según corresponda, a más tardar el 31 de diciembre de 2013.

2.2 La segunda de las situaciones se presenta frente a: (i) las personas que al 1° de abril de 1994 no se encontraban inscritos, salvo el caso previsto en el artículo 2 del Decreto 1293 de 1994, en el régimen especial dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, en desconocimiento de la Sentencia C-596 de 1997, (ii) las pensiones reajustadas con el único propósito de equiparar la pensión del interesado, a la de otro congresista que se pensionó con base en un ingreso superior correspondiente a otro período legislativo diferente a aquél durante el cual prestó sus servicios el interesado en que su

pensión sea reajustada e igualada. Es este último el caso de algunas pensiones reconocidas judicialmente con el mismo propósito, es decir, con el objetivo de igualar una pensión inferior reconocida a un congresista que prestó sus servicios en un periodo diferente a otro congresista que está recibiendo, debido a que su ingreso fue superior, una pensión también superior. Precisamente, en la sentencia que declaró ajustado a la Constitución la existencia de un régimen especial para congresistas, la Corte condicionó la exequibilidad del artículo 17 a que el ingreso para calcular la pensión fuera el recibido por el beneficiario, no por otro congresista ni por el promedio de lo recibido por los demás congresistas, como se advierte en el apartado de la presente sentencia en el cual se resume la sentencia C-608 de 1999. (iii) También es este el caso de las pensiones que hubieren sido reconocidas después del 31 de julio de 2010, sin aplicar lo establecido en el Acto Legislativo 1 de 2005.

Cuando este tipo de pensiones u otras claramente ajenas a las condiciones del régimen especial previsto el artículo 17 hayan sido reconocidas por vía de acto administrativo, lo procedente es aplicar el artículo 19 de la ley 797 de 2003. En cambio cuando dichas pensiones hayan sido reconocidas judicialmente el mecanismo apropiado es el artículo 20 de dicha ley. La Corte reconoce que estos mecanismos fueron diseñados para otros propósitos.

No obstante sería contrario al principio de legalidad permitir reliquidaciones o revisiones de estas pensiones sin acudir a un procedimiento regulado en la ley, y, ante la ausencia de disposiciones legislativas al respecto, lo procedente es aplicar en lo pertinente el mecanismo legal existente. De esta manera, se respeta lo establecido en el último inciso del Acto Legislativo 1 de 2005, según el cual "la ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas (…) sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley (…)".

De esta manera, se garantiza también el derecho al debido proceso y se evitan determinaciones precipitadas motivadas por el ánimo de corregir afanosamente los problemas actuales sin hacer las distinciones cuidadosas que exige la atención de cada caso.

Las causales constitucionales para poder efectuar la reliquidación o la revisión judicial de estas pensiones son las establecidas en el ordinal quinto de la parte resolutiva de esta sentencia.

No obstante, subraya la Corte que en la aplicación de estos numerales no puede haber reducciones de las mesadas manifiestamente desproporcionadas contrarias al mínimo vital y que vulneren los derechos de las personas de la tercera edad.

En efecto, sería manifiestamente inconstitucional reducir la pensión de una persona de la tercera edad que ya no puede trabajar y por lo tanto, carece de la posibilidad de completar las semanas que le faltan para acceder a una pensión. Ello equivaldría a afectar gravemente el derecho al mínimo vital de personas en una situación de vulnerabilidad.

L a protección especial ordenada por la Constitución a las personas de la tercera edad hace imposible que las mesadas de los pensionados sean reducidas de manera excesiva, dejando a estas personas en una situación de absoluta indefensión puesto que les es imposible cumplir, en este momento de su vida, los requisitos que se derivan del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o del artículo 21 de la misma.

RESUELVE Primero.- Declarar IMPROCEDENTE la solicitud de nulidad del proceso, por falta de legitimación. Segundo.- Declarar INEXEQUIBLES las expresiones “durante el último año y por todo concepto“, “Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal”, contenidas en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, así como la expresión “por todo concepto”, contenida en su parágrafo.

Tercero.- Declarar EXEQUIBLES las restantes expresiones del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, relativas al régimen pensional de los congresistas y de los demás servidores públicos a quienes les resulte aplicable, en el entendido que:

(i) No puede extenderse el régimen pensional allí previsto, a quienes con anterioridad al 1º de abril de 1994, no se encontraren afiliados al mismo.

(ii) Como factores de liquidación de la pensión solo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas.

(iii) Las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL) aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso.

(iv) Las mesadas correspondientes a pensiones reconocidas de conformidad con este régimen especial, no podrán superar los veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a partir del 1º de julio de 2013.

Cuarto.- Las pensiones reconocidas al amparo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, con abuso del derecho o con fraude a la ley, en los términos del acápite de conclusiones de esta sentencia, se revisarán por los representantes legales de las instituciones de seguridad social competentes, quienes podrán revocarlas o reliquidarlas, según corresponda, a más tardar el 31 de diciembre de 2013.

Quinto.- En los demás casos de pensiones reconocidas de manera contraria a lo dispuesto en los numerales i, ii y iii del ordinal tercero , quienes tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones decretadas al amparo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 deberán en el marco de su competencia tomar las medidas encaminadas para hacer efectivo el presente fallo, aplicando en lo pertinente, los artículos 19 y 20 la Ley 797 de 2003, en los términos del apartado de conclusiones de esta sentencia.

Sexto.- COMUNICAR la Procuraduría General de la Nación, a la Contraloría General de la República y al Ministerio del Trabajo la presente sentencia para que velen por su efectivo cumplimiento.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese, cúmplase y archívese el expediente. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO Presidente Con salvamento parcial de voto LUIS FERNANDO ÁLVAREZ LONDOÑO MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA Conjuez Conjuez Ausente con excusa LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ JUAN CARLOS HENAO PÉREZ Magistrado Conjuez GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB Magistrado Magistrado Con salvamento de voto RODRIGO UPRIMNY YEPES ALEJANDRO VENEGAS FRANCO Conjuez Conjuez Impedimento Aceptado MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ Secretaria General SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO MAURICIO GONZALEZ CUERVO A LA SENTENCIA C-258 /13 NORMA SOBRE REGIMEN ESPECIAL DE PENSIONES DE MAGISTRADOS DE ALTAS CORTES Y CONGRESISTAS- Discrepancia en la decisión por desconocimiento del artículo 48, parágrafo 1, de la Constitución Política (Salvamento parcial de voto) NORMA SOBRE REGIMEN ESPECIAL DE PENSIONES DE MAGISTRADOS DE ALTAS CORTES Y CONGRESISTAS- Indebida ponderación de principios constitucionales para la negación de regla constitucional (Salvamento parcial de voto) Referencia:

Expediente D-9173 y D-9183. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 17 de la Ley 4 de 1992. Actores: Germán Calderón España y Dionisio Enrique Araujo Ángulo.

1. Acuerdo con aspectos sustantivos de la sentencia C-258 de 2013. 1.1. Comparto la declaración de inexequibilidad de las expresiones “durante el último año y por todo concepto”, y “se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajusta el salario mínimo legal”, y “por todo concepto”, del artículo 17 de la Ley 4 de 1992.

1.2. También coincido con la interpretación dada a la aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que lo desarrollan, elevadas a rango constitucional por el Parágrafo Transitorio 4° del Acto Legislativo 1 de 2005, relativa a los siguientes aspectos:

i) La acreditación por parte del afiliado del régimen al que se encontraba adscrito al 1° de abril de 1994 y del cual se pretende beneficiar, resulta necesaria y lógica para determinar cuáles son los beneficios del régimen anterior que se deben aplicar al afiliado que se encuentra en transición.

ii) No podrá tenerse como factor de liquidación un emolumento sobre el cual no se realizaron aportes o no es retributivo directo del servicio prestado, puesto que de permitirse la liquidación de la mesada pensional con base en elementos no salariales, se avalaría la violación del inciso 6º del artículo 48 constitucional.

iii) Acierta la Corte al precisar que el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, puesto que la transición sólo salvaguarda -siendo constitucionalmente posible- los conceptos de edad, monto y semanas de cotización , de lo cual no hace parte el promedio de liquidación, máxime cuando el mismo artículo 36 Ibíd, inciso tercero, determinó las reglas para ese fin, y en su defecto las del artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

2. Discrepancia por desconocimiento del artículo 48, parágrafo 1, de la Constitución Política. Me aparto de lo decidido en el punto (iv) del numeral tercero del resolutivo de la sentencia C-258 de 2013.

2.1. La sentencia, al indicar sobre el límite cuantitativo de la mesada pensional, dispone que: "(…) sin necesidad de reliquidación, ninguna mesada pensional, con cargo a recursos de naturaleza pública, podrá superar el tope de los 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes . Por ello, todas las mesadas pensionales deberán ser reajustadas automáticamente a este tope por la autoridad administrativa". (Subraya no original) Considero que lo allí resuelto, contradice lo prescrito en la Constitución, específicamente, en el artículo 48, adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2005:

" A partir del31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública". (Subraya no original) (…) "Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella , aun cuando no se hubiere efectuado el reconocimiento".

(subraya no original) 2.2. La lectura de la Constitución indica que el Constituyente, en el Acto Legislativo, en modo alguno facultó a las autoridades administrativas o judiciales para la extensión del tope a todas las pensiones que se estuviesen pagando. Por el contrario, limitó la aplicación del tope de los 25 SMLV a las causadas con posterioridad al 31 de julio de 2010. Y, además, constitucionalizó el concepto de causación de una pensión, asimilándola al cumplimiento de todos los requisitos normativos establecidos para la consolidación del derecho, esto es, a la realización del supuesto fáctico de las normas pensionales.

2.3. La Constitución fue clara al indicar que, a partir del 31 de julio, de 2010 no podrán causarse pensiones superiores a los 25 SMLV, lo que contrario sensu significa que las pensiones causadas con anterioridad a dicho término no están cobijadas por tal prohibición. Así, el reconocimiento y pago de una mesada pensional, a la que se hubiere tenido acceso por el cumplimiento de todos los requisitos establecidos en la legislación, antes de la fecha indicada, no se entienden regidas por dicho tope constitucional. Determinado constitucionalmente -antes legalmente- el concepto de causación de una pensión, no es de recibo la interpretación en que se basa la sentencia, máxime cuando la regla constitucional ha sido enunciada en forma clara y expresa.

2.3. La extensión del tope pensional para las pensiones causadas antes del 31 de julio de 2010, se fundó en la siguiente consideración: "La ausencia de topes en el régimen especial al que da lugar el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, entre otras causas, conduce a la existencia de pensiones con mesadas muy por encima del promedio nacional, financiadas con recursos públicos en un porcentaje también muy superior al de los subsidios que se destinan al pago de otras pensiones, y

que además favorecen a un grupo de personas que no pertenece a los sectores más pobres, vulnerables y débiles, sino que, por el contrario, incluso podría afirmarse, hace parte de los sectores en las mejores condiciones socio-económicas.

En vista de lo anterior, parte del espíritu del Acto Legislativo 01 de 2005 fue establecer topes para todas las mesadas pensionales con cargo a recursos de naturaleza pública, con el propósito de limitar y reducir los subsidios que el Estado destina a la financiación de las pensiones más altas, muchas de ellas originadas en los regímenes pensionales especiales vigentes antes de la expedición de la Ley 100 de 1993".

La aplicación de los principios de igualdad, equidad y sostenibilidad fiscal, habría sido suficiente para cobijar a todas las mesadas superiores a 25 SMLV, de no existir una regla constitucional objetiva sobre la materia, como la establecida en el Parágrafo 1° del artículo 48 Superior. Sin embargo, no es ello lo que ocurrió en este caso, sise considera que el Acto Legislativo reformatorio de la Constitución fijó un mandato preciso de no afectación de "todos los derechos adquiridos".

3. Indebida ponderación de principios constitucionales, para la negación de una regla constitucional. 3.1. La herramienta hermenéutica de la ponderación tiene diferentes modos de aplicación según las disposiciones constitucionales en tensión. Y su utilización para la interpretación de principios o cláusulas abiertas no siempre puede desconocer normas constitucionales con estructura de regla.

3.2. Puede hablarse de tres contextos diferentes de conflicto entre disposiciones constitucionales, según el tipo de normas enfrentadas: (i) entre dos o más normas con estructura de principio; (ii) entre dos normas con estructura de regla; o (iii) entre una norma con estructura de principio y una norma con estructura de regla. Asimilar esos tres supuestos con el propósito de enfrentar los problemas constitucionales y, a partir de ello, emplear estrategias hermenéuticas comunes como la ponderación, debilita la legitimidad de este Tribunal al privar su actividad interpretativa de límites claros, conduciendo a un riesgoso camino de asunción de poderes constituyentes.

3.3. A mi juicio, en aquellos casos en los cuales la Constitución se ocupa de regular una materia apoyándose en una norma con estructura de regla [233] , estamos ante una decisión constituyente que por su precisión y determinación resulta especialmente resistente a la ponderación. En efecto, cuando se trata de una norma con tales rasgos debe presuponerse que el Constituyente, al fijarla, llevó a efecto un balance de la importancia de los intereses constitucionalmente relevantes, prescribiendo una ponderación definitiva y prohibiendo que a través de la interpretación de un poder constituido se lleve a efecto un balance diferente. Así ocurre con diversas disposiciones constitucionales que se resisten a la ponderación tal y como ocurre, por ejemplo, con la prohibición de pena de muerte, con la prohibición de confiscación, con la interdicción de la tortura, con el mandato de asegurar un mínimo de educación a las personas o, como ahora ocurría, con la obligación de respetar los derechos adquiridos de los pensionados.

3.4. Una regla constitucional como la inaplicada en la sentencia, se opone a ser ponderada, no solo por su propia estructura precisa y determinada, sino por provenir amparada de una decisión democráticamente superior, la decisión constituyente, a la que se encuentra sometido el intérprete de la Carta. Desconocer este punto de partida afecta seriamente el principio democrático, en tanto sustituye la voluntad constituyente por la voluntad interpretativa del Tribunal que, a pesar de la claridad, decide invocar un interés que él, y no el constituyente, estimó superior.

3.5. En tanto que el texto constitucional en su conjunto es la positivización de la voluntad del constituyente, la prevalencia entre los diferentes niveles normativos que lo conforman debe concederse a la disposición que comporte una mayor representación del principio de participación democrática. Situación que se desconoció en el resolutivo del cual me aparto. La decisión de la Corte desconoció las características de esta norma y permitió, apoyándose en una ponderación improcedente, o en todo caso no suficientemente explicada, desatender una norma adoptada por el Constituyente.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO Magistrado SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO A LA SENTENCIA C-258/13 Expediente: D-9173 y D-9183 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 17 de la Ley 4 de 1992.

Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB Mi discrepancia parcial con la decisión de mayoría, se contrae a lo siguiente: Parto de considerar que el juicio de constitucionalidad en este caso giró, exclusivamente, en torno al régimen pensional de los congresistas previsto, en lo pertinente, en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 según se desprende del siguiente aparte de la sentencia:

“En este orden de ideas, el análisis de constitucionalidad que se llevará a cabo en esta providencia se circunscribe al régimen pensional especial previsto en el precepto censurado, el cual es aplicable a los Congresistas y los demás servidores ya señalados. Por tanto, en este fallo no se abordará la constitucionalidad de otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de las profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de los trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestos por convenciones colectivas, entre otros [234] . En consecuencia, lo que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados.

La anterior aclaración se soporta en varias razones: En primer lugar y como indicó la Sala, la acción pública tiene un carácter rogado, por tanto, sería contrario a la configuración constitucional de la acción que este Tribunal extendiera su análisis a otros regímenes dispuestos por disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4 de 1992…” No obstante resultar difícil no compartir las razones de igualdad (Artículo 13 Constitucional), equidad (art. 230 constitucional) y sostenibilidad fiscal en materia pensional que sustentan la decisión de mayoría, creo que las conclusiones que en esta oportunidad impuso la Corte, definitivamente desbordan el marco jurídico constitucional que ha debido aplicarse y que, a mi juicio, regula con nitidez, en un sentido muy diferente, la muy compleja temática en discusión. Con la sola invocación de la igualdad no le es permitido, a la Corte inobservar claros enunciados normativos de la Constitución incorporados en un Acto Legislativo catalogado como un nuevo parámetro de valoración, sin contar con la debida habilitación competencial dentro de los límites propios del proceso de control abstracto de constitucionalidad y, menos aun, con el pretexto de juzgar una norma de discutible vigencia, la cual, por lo demás, en su momento, se declaró ajustada a la Constitución, en sentencia C-608 de 1999, frente a un cargo que claramente se descartó, coincidente con el que en esta oportunidad ha sido nuevamente planteado, según el cual la existencia de regímenes pensionales especiales viola el principio de igualdad. Ahora bien, no obstante que el parámetro sobreviniente (Acto Legislativo 1 de 2005) que debió observar la Corte para juzgar una vez más la norma demandada es enfático en cuanto impone, en materia pensional, el respeto por los derechos adquiridos, la decisión de mayoría da al traste con dicha prescripción cuando ordena, la reducción de las mesadas de los congresistas a un tope de veinticinco (25) salarios mínimos mensuales, a pesar de que, conforme al parágrafo 1º. del artículo 48 constitucional, dicho tope solo es aplicable a las pensiones que se causen a partir del 31 de julio de 2010 y, por ende, no se aplica a aquellas reconocidas o causadas antes (Entendiéndose que la pensión se causa cuando se reúnen los requisitos de tiempo o número de cotizaciones y edad).

De otra parte, si bien el parágrafo transitorio 2° del artículo 48 constitucional establece que el régimen pensional aplicable a los miembros de la Fuerza Pública, al presidente de la República, a quienes ya tienen pensiones reconocidas (derechos adquiridos) y los cobijados por la transición, regulada esta en esos parágrafos, no expira el 31 de julio de 2010, la decisión de mayoría concluye lo contrario en relación con los que ya gozan de pensiones especiales y los beneficios de la transición, sin exponer razones suficientes que justifiquen tal distinción, a la que incluso se le atribuyen connotaciones retroactivas en contravía de los principios interpretativos aplicables en los asuntos del trabajo.

El fallo de mayoría invoca como uno de sus fundamentos el principio de sostenibilidad fiscal en materia pensional de que trata el Acto Legislativo 1 de 2005. Dicho principio se exige frente a las leyes posteriores a dicha reforma (Artículo 48 Constitucional, inciso 1). Sin embargo en este caso se predica del artículo 17 de una ley que data del año 1992. Creo que la posibilidad de revocar o revisar las pensiones irregularmente reconocidas ya estaba consagrado en la Ley 797 de 2004 (art.19 y 20) y bien podía adelantarse el procedimiento en ella previsto, frente a pensiones fraudulentas, contrarias a derecho o carruseles de pensiones, sin necesidad del fallo de mayoría. Tal decisión no solo hizo nugatorios los plazos de extensión del régimen de transición que el Acto Legislativo 1 de 2005 incorporó, sino que, además, otorgó efectos retroactivos a la reforma, interpretándola de forma distinta a lo que en ella se contiene.

Una de las implicaciones derivadas de la decisión de mayoría, así no se haya concebido ni sopesado, es que en la actualidad solo quienes se afilien a fondos privados pueden aspirar a pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos y así poder mantener una relación cercana entre lo que devenguen como sueldo (cuando este es superior a 25 salarios mínimos) y la suma que recibirán como pensión, que es lo mínimo a lo que todo trabajador aspira para mantener su nivel de vida, a pesar de que el subsidio que hoy otorga el Estado en uno y otro caso es equivalente.

El constituyente de 2005 avaló (constitucionalizó) la existencia, de regímenes pensionales especiales o de privilegio (Acto Legislativo 1, Artículo 1, Inciso 7), a unos les puso limites respecto de su causación (31 de julio de 2010 ó 2014) y a otros no (Acto Legislativo 1 de 2005, Artículo 1, Parágrafo Transitorio 2). Entre los que perviven después de julio de 2005 está el del Presidente, el de los militares, los que gozaban de derechos adquiridos (las pensiones ya reconocidas) y los de transición. Sin embargo contra esa prescripción, que en resumen es lo que fluye de la reforma constitucional, la Corte decide afectar o limitar a unos y a otros no sin importar que la aquella otorgó a todos el mismo trato.

Si dudas subsistían al respecto (que no las hay según el texto diáfano del acto legislativo que se invoca como parámetro de control, valorado en su integridad) debió aplicarse el artículo 53 constitucional según el cual en estos casos es de rigor privilegiar la situación más favorable a los trabajadores, principio constitucional que procede: “en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”.

No debió olvidarse que la norma demandada hace parte de la ley marco que incorpora los principios “del régimen laboral” de los servidores públicos en general.

Retomando el hilo conductor de las razones que motivan mi discrepancia con la decisión de mayoría, he de hacer énfasis en los siguientes aspectos:

El artículo 48 Constitucional, como quedó redactado, luego de la importante reforma introducida por el Acto Legislativo 1 de 2005, y como también se desprende de la historia y del contexto fidedigno de su establecimiento, la cual igualmente se torna imprescindible invocar para desentrañar con certeza el objeto y las implicaciones de lo que el constituyente derivado realmente se propuso lograr, bajo una interpretación hermenéutica que consideramos objetiva, contra lo que se afirma en la demanda correspondiente al radicado 9173, y que fue avalada por la decisión de mayoría, no incorporó expresa ni implícitamente alguna regulación especifica enderezada a proscribir la vigencia o prevalencia de las pensiones de los congresistas ni de quienes se beneficiaban de su mismo régimen, que ya venían reconocidas ni de las que alcanzaron a causarse antes del 31 de julio de 2010, en virtud de que los interesados completaron los requisitos de edad y tiempo de servicio exigidos por las normas propias de los denominados regímenes especiales que se les aplicaba, y cuyo monto mensual podía superar el equivalente a 25 salarios mínimos.

Por el contrario, claramente, de forma expresa, en términos categóricos y reiterados, en dicho artículo se reconoce la existencia de esas “pensiones especiales” , las cuales ni se desconocen ni se cuestionan sino que simplemente se regulan en el entendido de que se permite su causación válida, inclusive, “hasta” el año 2014 para los beneficiarios del régimen de transición que, a 29 de julio de 2005, hayan cotizado más de 750 semanas o su equivalente en tiempo.

Ahora bien, si partimos de la premisa según la cual las “pensiones especiales” tienen reconocimiento expreso en el Acto Legislativo que reformó el artículo 48 Constitucional, al punto que su existencia es avalada por una norma ubicada en el vértice de nuestro ordenamiento jurídico positivo, no es lógico pensar que, si bien expresamente se permite su causación hasta el 31 de julio de 2010 e inclusive se prorroga el término otorgado para ello hasta el año 2014, para quienes estando en transición tengan cotizadas 750 semanas el 29 de julio de 2005, dicha regulación fatalmente traiga como consecuencia que al día siguiente del vencimiento de dichos plazos, que consagran una especie de periodo de gracia, se deben considerar extinguidos los beneficios derivados del régimen de transición, como seguir devengando o empezar a devengar pensiones por encima del tope de los 25 salarios mínimos.

No me es fácil asimilar la idea que la mayoría atribuye al asunto dilucidado, según la cual se le da espera al derecho de privilegio para que nazca (se cause) pero a condición de que al día siguiente del plazo concedido muera o se extinga. Eso no tiene sentido.

Tal exégesis, no deja de ser, por mucho, racionalmente incompatible con un sano y coherente entendimiento de las reglas del derecho, pues si la norma constitucional reconoce la existencia de “regímenes especiales” y los beneficios derivados del “régimen de transición” e, inclusive, otorga un plazo de espera para que estos derechos se causen y surjan a la vida jurídica, es precisamente con el fin de que prevalezcan o se mantengan en el tiempo hacia el pasado y hacia el futuro mientras subsistan las condiciones o supuestos normativos que así lo permiten, según las disposiciones jurídicas aplicables, en la medida en que definitivamente ofende el sentido común entender que el legislador, en este caso haciendo las veces de constituyente derivado, haya otorgado prórrogas para que se consoliden ciertos “privilegios” , por más controversiales que resulten, pero que ello se hizo con el propósito deliberado de que al día siguiente del vencimiento de dicho plazo tales privilegios o beneficios deban considerarse extinguidos y que, por ende, quepa suprimirlos de inmediato. Es que el Acto Legislativo en mención diáfanamente reconoce que al momento de expedirse existían pensiones superiores a 25 salarios mínimos mensuales, disfrutadas por servidores públicos pertenecientes a regímenes pensionales especiales y exceptuados, los cuales se eliminan desde el momento de su entrada en vigor, según lo que se plasma en el inciso 7° del artículo 1°. Pero teniendo en cuenta que, según lo que se desprende de la sencilla lectura de este mismo inciso, conservan plena vigencia los regímenes especiales que cobijan a las Fuerzas Militares y al Presidente de la República como también el de quienes son beneficiarios del régimen de transición de que trata el parágrafo transitorio 4° del artículo 1°.

Según reza la aludida disposición, “ Parágrafo transitorio 4º. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014. Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen"

, resulta palmario que el constituyente quiso mantener los privilegios pensionales de que disfrutan los miembros de las Fuerzas Militares, el Presidente de la República y los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición pero para estos últimos con cierto condicionamiento, que no se exige para los primeros, consistente en que su derecho pensional debe causarse antes del 31 de julio de 2010 o hasta el año 2014 siempre y cuando tengan cotizadas al menos 750 semanas a 29 de julio de 2005, según lo corrobora el enunciado del parágrafo transitorio 2°, en concordancia con el parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo. Pero, insistimos, los privilegios otorgados a los beneficiarios del régimen de transición cuya causación permite el constituyente, en los plazos y en las condiciones y requisitos indicados, no puede entenderse que desaparezcan al vencimiento del periodo de espera otorgado para su causación por cuanto una interpretación en ese sentido resultaría inaudita, pues lo lógico es considerar que esos beneficios se mantienen luego de

vencidos los términos concedidos para la causación de la pensión que les da origen. De manera que si el acto legislativo claramente equipara los regímenes especiales de las Fuerzas Militares y del Presidente de la República con el de los beneficiarios del régimen de transición, no hay razón válida suficiente que permita justificar el entendimiento de la mayoría según el cual los beneficios de los dos primeros regímenes (incluida la posibilidad de devengar pensiones superiores a 25 salarios mínimos) se mantienen indefinidamente pero que no ocurre lo mismo respecto de los pensionados beneficiarios del régimen de transición, a quienes no se les reconoce la misma suerte, pues se les despoja de la prerrogativa de seguir devengando una pensión superior a dicho monto, regla que también, de manera inexplicable, la aplican a quienes venían pensionados antes del 29 de julio de 2005, sin justificar convincentemente el fundamento de esa decisión, no obstante que en el propio acto legislativo se reconoce y valida la existencia de esa clase de pensiones "robustas", solo que proscribe la posibilidad de que las mismas, hacia futuro, se sigan generando a partir del año 2010 y, como plazo límite, desde el año 2014 en adelante, momento a partir la cual no podrán causarse, en ningún caso pensiones superiores a dicho monto lo que no es óbice para que las ya causadas sigan como venían.

Las oportunidades o prórrogas establecidas por el constituyente antes de proscribir el nacimiento a la vida jurídica nuevas pensiones con privilegios, como sobrepasar los 25 salarios mínimos, a partir del año 2014, como plazo último, necesariamente deben entenderse como una expresión inequívoca de su deseo de avalar las causadas precedentemente en las condiciones jurídicamente previstas, de acuerdo con la ley y la jurisprudencia imperantes para entonces, pues no de otra manera puede comprenderse o digerirse lo que aquel se propuso bajo una hermenéutica sencilla. Ello es así, por cuanto, se insiste, la inferencia contraria carece de apoyo racional solido.

Los plazos que el constituyente impuso claramente se orientaron a mantener y extender el estado de cosas que se venía dando y la fecha límite establecida tuvo como objeto proscribir hacia futuro (después del 2014 como plazo último) la causación de nuevas pensiones de privilegio, sustentadas en el régimen de transición. Una valoración integral del acto legislativo en cuestión impide adoptar una valoración jurídica distinta.

En síntesis no me cabe duda de que lo que quisieron los constituyentes en este caso, ni más ni menos, respecto del tope pensional, fue impedir la posibilidad de que después del año 2014, como fecha límite, se puedan causar pensiones en el régimen de prima media que superen los 25 salarios mínimos legales mensuales.

En el fallo de mayoría se alude a los topes como si estos hubiesen sido establecidos desde el año 1967, esto es, antes del Acto Legislativo 1 de 2005, para todo tipo de pensiones, lo cual no es cierto, pues en nuestro ordenamiento jurídico siempre se distinguió entre pensiones ordinarias o generales y pensiones especiales, para efecto de reconocerle a estas últimas ciertos privilegios, como la ausencia de topes, entre otros.

Incluso en la sentencia se citan normas que claramente reconocen y regulan esa situación. El Acto Legislativo 1 de 2005 es el que verdaderamente impone el tope de los 25 salarios para toda clase de pensiones financiadas con recursos públicos, incluidas las especiales, pero en relación con las causadas, después del año 2010 para unas supuestos y a partir 2014 para otros, tratándose, de los beneficiarios del régimen de transición.

El parágrafo 1°, en cuanto establece que: " Parágrafo 1º. A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública.", no se puede entender aisladamente, por cuanto los parágrafos transitorios subsiguientes incorporan inequívocas excepciones que relativizan dicho enunciado, específicamente, tratándose de los regímenes aplicables a los miembros de la Fuerza Pública, al Presidente de la República y a los beneficiarios del régimen de transición, entre otros, como los pensionados antes de la vigencia de la Ley 4 de 1992 o de la Ley 100 de 1993. Donde dice "causarse" al parecer la decisión de mayoría entiende "pagarse" sin reparar en las distintas implicaciones jurídicas que revisten uno y otro concepto.

El entendimiento aislado del citado parágrafo primero conduciría a sostener que ni siquiera los miembros de las Fuerzas Militares como tampoco el Presidente de la República tienen acceso a pensiones superiores a 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, a partir del 31 de julio de 2010. La regla así interpretada tendría que aplicarse a todos sin distingos.

Sin embargo, no parece ser esa la exégesis que la mayoría reconoce tratándose de los citados servidores públicos a quienes considera exceptuados [235] , no obstante, inexplicablemente, sí se hace extensiva la disposición a los beneficiarios del régimen de transición.

Como puede verse, para excluir a unos e incluir a otros la norma del parágrafo 1° no podría aplicarse aisladamente pues al efecto se torna imperioso acudir a lo que viene regulado en los restante parágrafos transitorios, los cuales establecen unas excepciones que la mayoría acoge solo en parte y no uniformemente como el simple sentido común indica que debería ser.

Aplicar la regla del parágrafo 1° a las pensiones causadas antes del 2005 (31 de julio) y las causadas dentro del periodo de gracia, que en últimas se extendió hasta el año 2014 para quienes estaban en transición, no solo soslaya la voluntad del constituyente que, en lo pertinente, permea claramente la reforma, sino, también, desconoce los inequívocos mandatos que reiterativamente advierten (en tres ocasiones, por lo menos, se hace expresa mención del punto) sobre que la reforma no puede ir en contra de los derechos adquiridos ni el de que “por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse las mesadas pensionales reconocidas conforme a derecho.” Lo que impone la necesidad mínima de que las pensiones otorgadas y causadas precedentemente, para su reducción requieran de un trámite juridicial o administrativo, dependiendo de cuál fue el utilizado para adquirirla, para concluir su conformidad o no con las reglas de derechos que se aplicaron.

No desconozco que lo regulado por el constituyente en los evidentes términos que hemos expresado podría ameritar una crítica desde el punto de vista de la sostenibilidad financiera del sistema pensional y que ello, desde cierta perspectiva, podría servir de argumento para validar el enfoque subjetivo que alimentó la decisión de la mayoría, ocurre empero que fue precisamente el propio Acto Legislativo el que expresamente impuso que las leyes sobre pensiones que deben observar esa directriz fiscal son las que se dicten con posterioridad al acto legislativo en cuestión, como así se lee en uno de sus inciso:

“Acto Legislativo 01 de 2005. Artículo 1°. Se adicionan los siguientes incisos y parágrafos al artículo 48 de la Constitución Política: "El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo.

Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas".

(Subrayas propias) Inicié advirtiendo que, particularmente no cuestiono las razones de equidad que subyacen en el pronunciamiento adoptado. Admito que a un régimen pensional tan desigualitario como el nuestro, según quedó evidenciado en la ponencia, le habría venido bien que el constituyente derivado, en este caso, hubiese actuado como la mayoría de la Corte lo ha interpretado pero, insisto, las razones de mi disenso obedecen precisamente a que veo con claridad que el Acto Legislativo no dice ni expresa ni implícitamente lo que de él los restantes miembros de la Corporación concluyen. Qué importante habría sido que el acto legislativo hubiese regulado los regímenes pensionales especiales como lo visualiza la mayoría, pues de esta forma pudo evitarse el inmenso esfuerzo, de dudoso asidero, que tuvo que hacer la Corte, semejante a una labor de construcción legislativa o constituyente, para derivar en las decisiones que finalmente profirió, el cual si bien puede resultar plausible desde cierta óptica, como ya se ha indicado, no deja de desbordar los límites impuestos a su atribución de control abstracto, ajena a tantas ordenaciones especificas y con efectos

particulares, frente a los referentes constitucionales que debió aplicar, desconociendo de paso los derroteros sentados en este caso por el Congreso, órgano que, por antonomasia, quiérase o no, lidera la producción normativa en nuestro sistema democrático. Sin embargo, ello no ocurrió así y frente a esa cruda realidad no caben ensayos hermenéuticos para construir una idea de justicia claramente diferente de la que el constituyente sí avaló, quedando en evidencia que para solucionar el grave problema pensional, puesto de presente en el fallo, la Constitución apunta en una dirección y la Corte Constitucional en otra. La visión de esta última es quizás la más apropiada y eficiente "para apurar la solución anhelada", como hubiese querido el Gobierno y los fondos privados que administran el sistema de ahorro individual, entre otros, incluidos ciertos sectores de la opinión publica, no obstante, lo que brotó del órgano legislativo en función de constituyente derivado y que debe ser utilizado como parámetro supremo de control, a lo cual me acojo, en lo que a los topes se refiere, según lo que ya se indicó, resultó ser bien distinto, atendiendo a los textos constitucionales finalmente aprobados y a la hermenéutica sostenida que de ellos ha venido adoptando la propia Corte y otras corporaciones judiciales como el Consejo de Estado que para estos asuntos es quien lleva la vocería competencial para dirimir los casos concretos.

Fecha ut supra, GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Magistrado ANEXO 1. Tope de 25 salarios mínimos a las pensiones de magistrados y congresistas Aplicación del ingreso del último año a quien no tenía la calidad de congresista o magistrado el 1º de abril de 1994 Equidad de las pensiones Sostenibilidad fiscal 1.

Intervención del demandante Germán Calderón España Citando a la Contralora General de la República señala que el Acto Legislativo 01 del 2005 que prohíbe la existencia de pensiones a cargo del Estado de más de 25 salarios mínimos, no se ha cumplido y por ello se está poniendo en serio peligro la sostenibilidad financiera del régimen pensional en Colombia en detrimento de millones de colombianos pobres.

El salario mínimo es insuficiente para un pensionado que tenga que pagar salud, arriendo, sostenimiento, pero una pensión de 25 salarios mínimos o más a cargo del Estado es un exceso, incluso en los países europeos.

Las pensiones superiores a 25 salarios mínimos le están quitando la posibilidad y el derecho de jubilarse a miles de personas de bajos recursos. El dinero por encima de los 25 salarios mínimos que ya no habría que pagar alcanzaría para garantizar la pensión de 3.000 personas que reciben el salario mínimo al mes.

"El país no sabe el tamaño de la bomba pensional". Señala que mientras 45.999.200 colombianos deben pensionarse sobre el salario base de los últimos 10 años laborados, tan solo 800 congresistas y magistrados aproximadamente, se pensionan con el 75 % del último ingreso mensual promedio que por todo concepto devengan en la fecha en que se decrete la jubilación.

Considera que el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 es abiertamente inconstitucional porque vulnera el artículo 13 de la Constitución Política que contempla el derecho constitucional de la igualdad.

Cita lo señalado por Oscar Iván Zuluaga afirmando que de 4,5 millones de colombianos en edad de jubilación solamente 1,8 millones disponen de una pensión. Cerca del 60 por ciento de los ciudadanos mayores de 60 años viven en condiciones de pobreza. Cerca de 630 personas vinculadas al Fondo de Previsión Social del Congreso tienen una pensión promedio de 20 millones de pesos, 196 magistrados de las altas cortes tienen una pensión promedio de 19 millones de pesos y hay 78 beneficiarios de regímenes especiales con una pensión promedio de 17 millones.

En el sector privado hay que ahorrar cerca de 3.500 millones de pesos para hacerse a una pensión de 25 salarios mínimos Cita lo señalado por Rodrigo Uprimny manifestando que si una persona devenga toda su vida un salario de tres o cuatro millones de pesos, entonces hace aportes sobre ese salario y recibe una pensión de ese orden; mientras que si esa persona tuvo la fortuna de trabajar unos meses como magistrado o como congresista, entonces obtiene una pensión muy superior, de unos 17 millones. El subsidio de estas pensiones privilegiadas supera ampliamente el 80% de la mesada recibida.

En Colombia dedicamos aproximadamente unos 26 billones de pesos (el 20% del presupuesto nacional) a pagar los subsidios implícitos del sistema pensional, en especial de las pensiones más altas.

Mientras el país no tiene para indemnizar a todas las víctimas del conflicto interno armado en Colombia, sí tiene para pagar pensiones millonarias.

En conclusión, el régimen de pensiones de 45.999.200 de personas común y corrientes es muy diferente al régimen de pensiones especial de congresistas y magistrados de altas cortes, diferencia que se aprecia en favor de éstos últimos, cuando tal discriminación positiva debía registrarse a favor de las clases menos favorecidas, es decir a favor de los 45.999.200 de colombianos que no gozan de una pensión en los términos de la norma impugnada.

El presupuesto nacional cada año destina cerca de 25 billones de pesos para atender el pago oportuno de las mesadas de los 1,8 millones de pensionados, y esa suma equivale a todo lo que invierte el país para atender a 11 millones de colombianos en el sistema educativo, a 24 millones de personas en el régimen subsidiado de salud y todo el presupuesto de saneamiento básico.

2. Intervención del demandante Dionisio Araujo Angulo Señala que no es posible que a un lector desprevenido le quepa duda sobre la claridad del mandato contenido en el parágrafo 1º del artículo 47 de la Constitución introducido por el Acto Legislativo 01 de 2005 y que dice:

“a partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a 25 salarios mínimos mensuales legales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública” . Sin embargo tal prohibición no es posible porque va en contravía de la claridad del mandato constitucional, el régimen excepcional sigue existiendo.

El acto legislativo 1 de 2005 ordenó que no se causaren pensiones por encima de 25 salarios mínimos después del 31 de julio de 2010, y si bien, la selección del verbo causar no fue la más afortunada idiomáticamente hablando, la claridad del mandato constitucional no deja dudas: no podrían haberse pagado pensiones por encima de ese límite a partir del momento ordenado. Tan claro es este mandato que fue reiterado en el parágrafo transitorio No. 3 con una expresión contundente: decretó la pérdida de vigencia inmediata de normas que consintiesen pensiones superiores.

Hoy en Colombia se pagan más de mil pensiones con base en el régimen del artículo 17 de la ley 4ª de la 1992 que superan el límite constitucionalmente fijado.

Al depender la mesada solamente del cargo del beneficiario, tal y como señaló la Corte Constitucional en 1999, se desconoce de plano el duodécimo inciso del artículo 48 de la Carta que con total claridad señala que en la liquidación de pensiones declaradas, ya en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, “solo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”.

Para que en un régimen de ahorro individual una persona alcance una pensión superior a 20 millones de pesos, que es el promedio de las pensiones en el Fondo de Pensiones del Congreso, el esfuerzo en ahorro durante la vida laboral debe rondar los tres mil quinientos millones de pesos en aportes.

Para alcanzar esta mesada en el régimen acusado basta que por un periodo de tiempo corto, un año, o menos en algunos casos, como ha sido denunciado en los medios de comunicación. El congresista beneficiario que se haya posesionado en los cargos cobijados por el régimen, y cuyas cotizaciones en ese lapso equivaldrían al 4 % del ingreso total que para el año 2012, que era de $ 21.045.638, mensuales, tendría un ahorro anual de tan solo $10.101.900.

El régimen demandado no exige para fijar la mesada a que tienen derecho sus beneficiarios, un tiempo suficiente de aportes, ni un esfuerzo ahorrativo que le permita al sistema generar los recursos para que, en el promedio de las cotizaciones, se puedan pagar las pensiones a su cargo, lo que de suyo impone una carga excesiva al sistema que pone en riesgo derechos pensionales de la gran mayoría de los contribuyentes al sistema.

3. Intervención del doctor Oscar Dueñas Ruiz. Delegado por la Asociación Nacional de Parlamentarios Pensionados Señaló que la Sentencia T-534 de 2001 aclaró y determinó que para la viabilidad del régimen de transición no es necesario que el peticionario se encuentre cotizando en el régimen de seguridad social el 1 de abril de 1994.

El régimen de transición se encuentra dentro del régimen de prima media en el cual no importa la cotización. La edad y/o el tiempo es el único requisito para acceder al régimen de transición.

Es injusto que en un país en el que se perdió la estabilidad laboral se exigiera que desde 1994 se permaneciera en el mismo cargo. La transición es un derecho adquirido por lo tanto no se puede afectar el monto de las pensiones causadas bajo ese régimen Los regímenes especiales no afectan el derecho a la igualdad, tal como lo señaló la Sentencia C - 461 de 1995.

El stress financiero no puede ser disculpa para violar los derechos. 4. Intervención del doctor Edmundo López Gómez. Delegado por la Asociación Nacional de Parlamentarios pensionados Enfatizó en que aplicar el tope de los 25 salarios mínimos de manera retroactiva va en contravía de la Constitución. Se vulnera la expresión a partir de , lo cual es a futuro y no hacia atrás. Si se altera la voluntad del Acto Legislativo se ejercería una extralimitación de funciones o abuso de poder, lo conducente es interpretar de manera coherente los Actos Legislativos. Se deben garantizar la seguridad jurídica y la protección de los derechos adquiridos pues sacrificar dichos derechos por la sostenibilidad fiscal coincide con la posición de los fondos públicos y de los medios con la campaña de desprestigio. Todo se debe a la migración al régimen de prima media que afecta a los fondos. Invita a los magistrados a que no pronuncien una decisión legal teniendo en cuenta que el Art. 21 de la CIDH señala que cuando se priva a alguien de sus derechos adquiridos se tiene derecho a indemnización. Genera la inquietud de que si se acepta el texto propuesto sería más un fallo político que uno concebido en derecho.

Según el artículo 1 del acto legislativo 01 de 2005 inciso 2, sin perjuicio de los descuentos, deducciones o embargos, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de las pensiones reconocidas conforme a derecho.

Desconocer los derechos de los magistrados y de los congresistas vulneraría el art. 48 el cual, en forma imperativa señala que en materia pensional se respetarán los derechos adquiridos, lo cual se transcribe en el inciso 4º del acto legislativo.

Por la vía de interpretación del derecho no se pueden afectar los derechos adquiridos pensionales pues esta atribución, en determinados casos, es de la exclusiva competencia de la jurisdicción contenciosa y, de hacerse por la Corte Constitucional, se desconocería abiertamente el debido proceso tal como lo ha entendido la corte en la sentencia C-835 de 2003.

El parágrafo del artículo 1º del acto legislativo 01 de 2005 afirma que no se podrá alegar la sostenibilidad fiscal para negar las pensiones. Dichas disposiciones son claras y no pueden ser contradichas.

5. Intervención del doctor Javier Henao Hidrón. Presidente de Asomagister Indicó que al desaparecer los regímenes especiales, la norma demandada perdió sustento jurídico pero condicionado por los parágrafos transitorios, es decir, sin desconocimiento de los derechos adquiridos, los cuales no pueden ser mirados como “molinos de viento”. Lo mismo ocurre con el tope de las pensiones a cargo del Estado.

En 2005 se hace una enmienda, no como una ley sino como reforma a la constitución política, entre otros preceptos señala un plazo hasta el 31 de julio de 2010 para poner fin a los regímenes especiales, salvo el militar y presidencial pero sin perjuicio de los derechos adquiridos y de lo establecido en los parágrafos de ese artículo. Uno de ellos reguló el régimen de transición hasta 2014 para los trabajadores que tengan al menos un número de semanas cotizadas.

El tope rige solamente respecto de las pensiones que se reconozcan con posterioridad al 31 de julio de 2010, quedando a salvo los derechos adquiridos con anterioridad y conforme a la ley. Además el Acto Legislativo señala que en materia

pensional se respetarán todos los derechos adquiridos, sin ningún distingo, esa es la jurisprudencia vigente de la Corte Constitucional.

Sin respeto a los derechos adquiridos la sociedad sería caótica ante la arremetida de los más fuertes o el impacto de una norma nueva que cambiara las normas de juego para sacar de su patrimonio lo que les pertenece.

Las pensiones son el reintegro del ahorro por cotizaciones. Para muchos ancianos es el único medio de subsistencia y por eso se protege al darle el carácter de derecho adquirido. La sentencia C-608 de 1999 prohíbe de manera tajante que las pensiones se acrecentaran mediante elementos extraños a la asignación y que pudieran causarse jubilaciones para completar a última hora el tiempo con el servicio laboral en cargos de mayor categoría por periodos no superiores a tres meses con lo cual crecían las pensiones. Por ello se exige que la permanencia en el cargo debía ser por al menos de 1 año. Si alguna de esas corruptelas subsiste la autoridad competente debe ponerle freno y el órgano de control imponer sanciones disciplinarias.

Si el derecho no se adquiere conforme a la ley o con pruebas falsas en cantidades excesivas, es claro que estas situaciones inequitativas carecen de toda protección. Se impone reliquidar para ajustarlos a la norma y si es del caso obtener su devolución. La solución de estos temas dependerá del Gobierno y del Congreso, no de la justicia.

En el acto legislativo 03 de 2011 el parágrafo final señala: al interpretar el presente artículo bajo ninguna circunstancia podrá invocarse la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección.

6. Intervención de Orlando Restrepo Pulgarín. Presidente de la Asociación de Pensionados de Colombia Al desconocerse el régimen de transición se violaría la progresividad y la prohibición de regresividad expresados en convenciones internacionales. Quedarán desamparados el 80 por ciento de los 10 millones de personas que requieren un subsidio para completar su pensión pues no habría dinero para cumplir el subsidio.

Cuando se desplome el régimen de pensiones sufrirán los pensionados mas no los fondos de pensiones quienes se irán a otras partes. Considera que la solución está en una reforma en el congreso eliminando los fondos privados y estableciendo que las pensiones solo deberán estar a cargo del Estado.

Indicó que el problema estructural de las pensiones se originó en el art. 12 de la ley 100 de 1993 al distinguir los regímenes pensionales. Se permitió la entrada del negocio en el sistema de seguridad social de forma que compitieran en el mercado los regímenes. Los Fondos no podrían tener el número de afiliados para funcionar y para que funcionara el sistema de ahorro individual se estableció el artículo 65 y se estableció que se subsidiaría a quienes no alcancen a pensionarse.

La deuda por bonos pensionales es de 38.430 billones de pesos y no hay reservas financieras para pagar el subsidio a los afiliados a los fondos que a partir de 2014 comenzarán a reclamarlos. A largo plazo se está buscando que solo haya régimen de ahorro individual. El gobierno no tiene con qué pagar este subsidio.

7. Intervención de Alberto Pardo Barrios. Presidente de SINTRAISS En ningún caso se afectarán las finanzas de la Nación con la reducción del monto, los afectados por el fallo no son ni siquiera la milésima parte solo 1010 personas. Comparte lo expuesto por los anteriores intervinientes y señala que lo que está de fondo es la antesala a una reforma pensional para despojar de su derecho a muchas personas.

El régimen de transición es un derecho adquirido por todos los colombianos y el carácter de derecho fundamental a las pensiones. Señala que el ataque a las pensiones comenzó con la ley 50 y luego a la ley 100 de 1993 y ello ha hecho que cada vez menos personas accedan a la pensión.

Los fondos privados de pensiones serían los beneficiados en este pago. En relación con la inequidad debe señalarse la necesidad de reconocer que solamente a través de unas pensiones con un valor importante se puede garantizar la independencia de los congresistas.

Los 34.5 billones de pesos que ganó el sector financiero en Colombia serían suficientes para pagar todas las pensiones en Colombia. El problema fundamental del sistema es la creación de los fondos de pensiones. Pensar que se puede obtener una pensión con ahorro individual es absurdo. Se requiere un Estado social que garantiza un mínimo. Venezuela y España pensionan con el simple hecho de la edad. Hay poca cobertura pero el empleo no es la solución, pues el 60 por ciento del mismo es informal. Otro problema es el artificio de la bomba pensional.

Colombia debe tener un estudio técnico actuarial de la OIT. Cesar Gaviria pide el desmonte del régimen de prima media pero se puede hacer la pregunta: por qué no vinculó a los congresistas y a los magistrados al régimen de ahorro individual? 8.

Intervención de Witney Cháves Sánchez. Director de la Unidad de seguridad social de la CUT No se justifica una alta pensión para funcionarios y dignatarios que han tenido unos ingresos acordes con su dignidad y funciones. Deben tener pensiones significativas pero hemos llegado a los extremos.

Los regímenes especiales que salen del marco general afectan la igualdad, la equidad y la solidaridad por eso la CUT suscribe coadyuvancia en este tema con los demandantes.

Los derechos adquiridos deben respetarse pero los adquiridos conforme a derecho. Después del Acto legislativo 01 de 2005 no hay mayor discusión sobre la aplicación del artículo 36 a todos los regímenes. El derecho a la pensión es irrenunciable y la ley 100 es la renuncia a los derechos.

Es bueno que haya un estipendio favorable pero los arcontes se sentirían cómodos con un reconocimiento, así como hay algunos que pueden pervertir las instituciones, tal como sucede con los carruseles.

Si se van a aplicar principios como equidad, universalidad e igualdad hay que replantear todo el sistema pensional colombiano, hay que rebasar la ley 100.

La CUT defiende la existencia de regímenes especiales pero esos deben tener una justificación y una razonabilidad como en el caso de las madres comunitarias, los deportistas, los trabajadores de las minas, los maestros, el personal de la guardia del INPEC y en general todos aquellos casos en los cuales se demuestre una debilidad manifiesta, una vulnerabilidad o precariedad. Los regímenes especiales que salen de ese marco afectan la igualdad, la equidad y la solidaridad que reclaman la ley y la constitución, por eso la CUT suscribe coadyuvancia en este tema.

Aun con lo dispuesto en la ley 4 y que los trabajadores de ASONAL hayan llegado a 3 paros para que les hagan un reconocimiento, mientras por otros lados todo se va resolviendo para congresistas y magistrados un poco al estilo de lo que ocurrió con la reforma a la justicia.

La CUT acompaña, respetando los derechos adquiridos a quienes hayan accedido a la pensión con los requisitos de ley. Hay que aumentar la cobertura y que ojalá en pocos años todo adulto mayor tenga un ingreso digno.

Insiste en que hay responsabilidad compartida del poder ejecutivo, al incorporar la expresión a todo concepto cuando al trabajador le colocan trabas, el reajuste sobre la base del smlv mientras a todo el mundo le liquidan con el IPC, el ejecutivo tiene una gran responsabilidad.

No hay que eliminar el régimen de prima media, no puede haber espacio para la intermediación, no podemos seguir jugando a que todo está en manos del sector financiero cuando el Estado tiene una labor de cumplir.

9. Intervención del Ministro del Trabajo Rafael Pardo Rueda Indica que 1032 congresistas tienen pensiones sobre 25 salarios mínimos, mientras que el 68 por ciento de los pensionados recibe menos de 1 salario mínimo.

Mientras más alta la pensión más alto es el subsidio del Estado. El sistema pensional es desigual. Hay casi 23 millones de colombianos en el mercado laboral, pese a lo cual, la cobertura de afiliados activos al sistema (quienes han pagado 1 cotización en los últimos 6 meses) es de solo el 28 por ciento.

La probabilidad de obtener pensión es del 8 por ciento en el régimen de prima media y del 11 por ciento en el régimen de ahorro individual. De los 17 millones de afiliados al sistema de pensiones hay solamente 7.7 activos, mientras que 10 millones no han hecho cotizaciones los últimos 6 meses.

El Gobierno cubre 933.000 de personas pero la población objetivo es de 2.3 millones de personas. Todas las pensiones en el régimen general de pensiones tienen un subsidio. Señaló 4 casos hipotéticos en el régimen de prima media para demostrar los niveles de los subsidios:

- - Una persona que recibe 1 salario mínimo: cotiza 51 millones de pesos, pero el monto para pensionarse es de 139 millones, por lo cual el Estado subsidia 88 millones.

- - Una persona que recibe 2 salarios mínimos: cotiza 102 millones pero su pensión es de 178 millones, por lo cual el subsidio es de 76 millones.

- - Una persona que recibe 10 salarios mínimos: cotiza 292 millones y debe recibir 428 millones por lo que el Estado subsidia 292 millones. - Una persona que recibe 25 salarios mínimos: cotiza 730 millones y debe recibir 1631 por lo que el Estado debe subsidiar 901 millones.

10. Intervención de la Viceministra Técnica de Hacienda y Crédito Público María Fernanda Maiguascha. El Acto Legislativo prohibió pensiones de más de 25 salarios mínimos sin excepciones, pero se ha venido aplicando el régimen de transición para ignorar dicha prohibición. El régimen de transición es uno de los componentes más regresivos en la distribución del ingreso en Colombia.

Por vía jurisprudencial se han establecido beneficios a los congresistas no contemplados en la ley: se permite que se tenga en cuenta el régimen de transición triplicando el valor del pasivo pensional, el IBL referencia para el cálculo no sería lo remunerado en el momento de cotización sino en el momento de reconocimiento, ajuste de las pensiones debía generarse sobre un 50 por ciento pero se ha extendido a un 65 por ciento.

Presupuesto General de la Nación destinó el 24 por ciento a las pensiones. Pensionados de FONPRECOM representa a el 0,2 por ciento del total. En dicha entidad el promedio de las pensiones de estas personas es de 17 millones. Sin el tope el promedio es de 20 millones. El promedio pensional de los beneficiarios es 10 veces mayor que el de los demás colombianos pertenecientes al régimen general de pensiones, sin contar con las personas que ni siquiera acceden a pensión sino a una indemnización sustitutiva.

El pasivo pensional del fondo es de 3.83 billones de pesos, 1 por ciento del total del pasivo pensional de la Nación. A lo anterior hay que agregar las decisiones que otorgan interpretaciones favorables, que también tienen un efecto extensivo, pues las decisiones van afectando a otros regímenes especiales.

11. Intervención del Procurador General de la Nación Alejandro Ordóñez Maldonado. La Constitución y la Ley Colombiana exigen el respeto a los derechos adquiridos:

- El inciso 1º del Acto Legislativo 01 de 2005 señala que “El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo” - El inciso 2º del Acto Legislativo 01 de 2005 señala que “por ningún motivo

podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho” - La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido prolija en el reconocimiento del régimen de transición y de los principios de progresividad, condición más beneficiosa e inescindibilidad normativa por lo cual no puede desconocerse el monto de las pensiones de los congresistas ni de los magistrados.

No se puede aplicar el tope con retroactividad porque hay situaciones jurídicas consolidadas y fue la misma reforma constitucional la que señaló el respeto a los derechos adquiridos.

Las normas derogadas que resultan contrarias a la reforma constitucional solo se aplican porque el mismo Acto Legislativo les otorgó aplicación de manera ultractiva hasta el 31 de diciembre de 2014.

Los pensionados acuden a la Procuraduría porque se les niega el régimen de transición o el pago de su pensión contra los precedentes judiciales, la consecuencia de ello es la judicialización y ello genera sobrecostos que incrementan la pensión en un 77 por ciento.

Otro problema del sistema de seguridad social es la baja cobertura por el desempleo y por el subempleo, por la falta de formalidad en la relación laboral. Si hay formalización habrá cotizaciones y en este sentido se financia el sistema.

Los medios e intereses financieros han planteado un problema porque quieren desmontar el régimen de prima media. La pensión no es solamente un problema del mercado, es un derecho para proteger la vejez la invalidez y la muerte, lo cual es la razón del ser del régimen de prima media.

El acto legislativo 01 de 2011 que establece el principio de sostenibilidad fiscal señaló en el parágrafo de su artículo 1º que “bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance ni negar su protección efectiva” , lo cual fue confirmado por la Corte Constitucional en la sentencia C-288 de 2012.

Los derechos adquiridos no son la causa del déficit, el derecho pensional por su carácter irrenunciable no puede sacrificarse por la sostenibilidad fiscal, la solución no es recortar derechos adquiridos ni acabar con el régimen de prima media, hay que fortalecerlo, la sostenibilidad fiscal no es la causa de los problemas de ineficacia administrativa y baja cobertura.

12. Intervención del Secretario General de la Defensoría del Pueblo, doctor Alfonso Cajiao Cabrera El artículo 5 de la Ley 797 de 2003, que modificó el inciso 4 y el parágrafo del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, fijó el límite de la base de cotización en 25 SMLMV para los trabajadores del sector público y privado y, consecuentemente aumentó a ese número de salarios el tope máximo de las pensiones; lo cual está en armonía con lo regulado en el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, que establece en su parágrafo 1º que a partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) SMLMV, con cargo a recursos de naturaleza pública.

Por lo tanto, la aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005 en materia de topes es a partir del 31 de julio de 2010, y por tratarse de una norma de jerarquía constitucional, incluye las pensiones previstas dentro del régimen de transición dispuesto por el parágrafo 4 transitorio del mismo Acto Legislativo, es decir, quien cause derecho pensional con posterioridad al 31 de julio de 2010, aun siendo beneficiario del régimen de transición, su mesada pensional no podrá superar los topes establecidos en este acto legislativo, y contrario sensu, quienes causaron la prestación conforme a derecho con anterioridad al 31 de julio de 2010, tienen derecho a seguir devengando la prestación sin que sea viable que se pueda reducir el valor de la mesada pensional aunque ésta supere el tope de los 25 SMLMV.

Con respecto a los regímenes especiales y al régimen de transición, se puede decir que el acto legislativo 1 de 2005 implica, para el caso de los Congresistas, lo siguiente: a) la terminación del régimen de transición al 31 de julio de 2010, salvo para quien siendo beneficiario del régimen de transición, tuviese adicionalmente más de 750 semanas cotizadas a

la entrada en vigencia del acto legislativo, caso en el que se le extiende la aplicación de este régimen hasta el 2014; y b) las prestaciones que se causen a partir del 31 de julio de 2010 deben tener un límite máximo de reconocimiento pensional de veinticinco (25) SMLMV, independientemente que la pensión se haya causado con base en el régimen de transición de Congresistas.

La aplicación del régimen de transición consiste en el derecho a que el estudio de la pensión de jubilación se base en los requisitos de edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas establecido en el régimen pensional vigente con anterioridad al Sistema General de Pensiones en el que se encontraba inscrito el afiliado, y a que la prestación sea reconocida con el monto, edad y tiempo contenido en el mismo, frente a lo cual, el propio Decreto 1293 de 1994 indica que el régimen anterior al Sistema General de Pensiones para Congresistas es el Decreto 1359 de 1993.

Así mismo, de acuerdo con el texto normativo de la Ley 100 de 1993, en el que se señala expresamente que las reglas que se deben aplicar para el reconocimiento pensional son las contenidas en el régimen anterior al cual se encontraba afiliado el Congresista, es procedente concluir que dicho régimen no ampara a aquellos Congresistas que no ocuparon ese cargo con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 4 de 1992, ya que el funcionario no cumplía con uno de los requisitos del régimen de transición, como es haber estado afiliado en el Régimen de Congresistas, así su calidad de Representante o Senador la hubiese adquirido con posterioridad al 1 de abril de 1994.

De esta manera, son beneficiarios del régimen de transición que permite dar aplicación a las normas que regulan el Régimen Especial de Congresistas, aquellos Senadores o Representantes a la Cámara que: a) ostenten su condición de Congresistas entre el 19 de diciembre de 1992 y el 1 de abril de 1994; y b) cuenten, al 1 de abril de 1994, con 35 años de edad en el caso de las mujeres o 40 años de edad en el caso de los hombres.

Es preciso recordar que el motivo del Acto Legislativo 1 de 2005, fue la necesidad de procurar la sostenibilidad del Sistema General de Pensiones, con lo que se procura el respeto del derecho de la pensión de quienes adquieren la garantía.

Así las cosas, la equidad es entendida como la posibilidad que deben tener todos los ciudadanos de acceder al derecho a la pensión, así como para lograr una igualdad tanto formal como material.

Entonces, el desequilibrio existente entre las cotizaciones realizadas y las prestaciones reconocidas por el sistema, que era aun mayor para el caso de los regímenes exceptuados o especiales en los que los beneficios pensionales eran aun mayores, dio lugar a la eliminación de los mismos y a la prohibición de crear nuevos, ya sea legal o convencionalmente.

En virtud de lo anterior, se afirma que conforme a lo señalado por el artículo 48 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 1 de 2005, el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 es contrario a la Constitución, pues establece a favor de un grupo determinado-Congresistas- un régimen de pensiones especiales relacionado con el monto de la pensión, monto que posiblemente puede superar el tope de los veinticinco (25) SMLMV establecido por el artículo.

Se observa que en caso de continuar vigente el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, se afectaría de manera significativa la sostenibilidad financiera del sistema por la asimetría presentada en la relación cotización al Sistema General de Pensiones-Monto de las pensiones reconocidas; además, no se propendería por la equidad del sistema, ya que no se hace una redistribución de la riqueza, que para el tema de pensiones está dada en relación a mayor salario, es decir, mayor ingreso base de cotización, menor el porcentaje ingreso base de liquidación, lo que repercute directamente en el monto de la pensión.

Casi el 90% de los pensionados reciben entre 1 y 4 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes, es decir, entre $589.500 y $ 2.358.000, por tanto el 9% recibe entre 4 SMLMV y 15.9 SMLMV, y solamente el 1% de los pensionados recibe más de 16 SMLMV, grupo en el que se encuentran los ex Congresistas pensionados.

Entonces, no se puede hablar de equidad cuando hay más de 4.000.000 de personas mayores de 60 años, de las cuales solo está recibiendo pensión 1.072.301 (en los dos regímenes) según informe de la Superintendencia Financiera de octubre de 2012, pero aún más grave es que de estos pensionados solo 989 personas reciben mesadas pensionales de más de $9.432.000.

Teniendo en cuenta lo anterior, y a sabiendas que un Congresista haya iniciado su historia laboral para pensión a los 30 años, se pensione a los 55 años y aporte el 13% (para factor de pensión), reuniría en su cuenta individual aproximadamente $950.000 (contando con una taza de capitalización del 5% y una tasa de renta del 4%), esto le alcanza para una mesada pensional aproximada de $3.500.000; si la mesada pensional fuera de $14.737.500 (es decir 25 SMLMV), sería necesario un capital aproximado de $3.850.000.000 para financiar esta pensión, 4.05 veces lo que cotizó, entonces, el Estado le tiene que subsidiar aproximadamente $2.900.000.000, y esto sin tener en cuenta un beneficio más joven que el pensionado tenga, por ejemplo esposa.

Por el contrario, para obtener una pensión de un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente de $589.500 mensuales, es necesario un capital aproximado de $150.000.000, aquí encontramos la gran desigualdad, ya que generalmente el grupo de personas que se pensionan con un salario mínimo casi siempre logran reunir su capital, y en caso de no hacerlo el monto a subsidiar es mínimo.

13. Intervención del Presidente del Congreso de la República Roy Barreras Montealegre. Ha de tenerse en cuenta con mayor rigor la garantía constitucional frente a los derechos adquiridos.

En diversas interpretaciones hay un vacío normativo tras la expedición del acto legislativo y en otras se evidencia el respaldo legal de normas como el decreto 546 de 1971, en lo que tiene que ver con el régimen de seguridad social de funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional y del ministerio público, o de normas como la contenida en el artículo 17 del decreto 816 de 2002 que permiten el reconocimiento de pensiones en el régimen de transición de congresistas.

Resultaría consensual que el escenario ideal es que todo adulto mayor tenga pensión y que no existan inequidades que beneficien a una parte de la población. Pero ante el deber ser hay un ser, hay una realidad jurídica, hay unas realidades que se soportan en las leyes, decretos y decisiones actuales. El Acto Legislativo 01 de 2005 es absolutamente claro en su intención, ponerle límite a unas pensiones que resultan inequitativas y que en la confrontación con las del resto de ciudadanos resultan escandalosas.

¿Cómo hacer para garantizar la equidad? Para avanzar de la paz a la equidad es que haya pensiones justas pero un mensaje para el respeto del Estado es que se respeten los derechos adquiridos y la seguridad jurídica. Así como no corresponde al congreso fallar en este caso, es a este y al gobierno al que le corresponde hacer una reforma pensional equitativa y económicamente viable. Mientras no se legisle hay que acatar la ley.

14. Intervención de la Contralora General de la República Sandra Morelli Rico Señaló algunos antecedentes en materia de topes a las mesadas pensionales: en 1976: 22 salarios mínimos); en 1988: en 15 salarios mínimos; la ley 100 establece un tope de 20 salarios mínimos, el cual subió a 25 salarios mínimos por la ley 797 de 2003 y fue el que permaneció.

El último cálculo actuarial aprobado para el Fondo del Congreso corresponde a 2010 por un valor de $2.48 billones de pesos que abarca a 8.757 personas entre pensionados, jubilados, beneficiarios de bonos pensionales y cotizantes activos. De este valor tan solo hay reservas por $ 363 mil millones de pesos.

Mientras el 92.08 % de los pensionados de COLPENSIONES/ISS devengan pensiones inferiores a cuatro (4) SMLMV, en el FOPEP este guarismo se sitúa en 82,44 % lo cual muestra que mientras que apenas el 7.92 % de los pensionados de

COLPENSIONES/ISS reciben pensiones superiores a cuatro (4) SMLV, en el FOPEP el porcentaje correspondiente se sitúa en el 17,56 % lo cual parece indicar un régimen salarial o de jubilación más generoso en el sector público.

En el caso de la pensión de congresistas hay tres consideraciones que han desatado una importante litigiosidad y que han generado precedentes para otros regímenes especiales:

- El reconocimiento por ley del monto de la pensión con el 75 % de todo lo devengado por los activos. - La decisión de adoptar como ingreso base de liquidación (IBL) todos los factores salariales para el reconocimiento de una pensión, cuando solamente se ha cotizado sobre algunos.

- La obligatoriedad de aplicar el tope consagrado en el acto legislativo 01 de 2005. Una pensión de salario mínimo sustituible en los términos de la ley requiere de un capital entre $ 150 y $ 180 millones de pesos. En tal orden de ideas las diferencias entre mesadas pagadas y cotizaciones en nuestros regímenes de prestación definida resultan tan grandes como importantes deben ser los recursos que deben apropiarse, por lo anterior:

- Se debe volver al espíritu de la ley 100 de 1993 que repitió el acto legislativo 001 de 2005. - Garantizar a todos los habitantes el derecho a la seguridad social.

- Garantizar los derechos y la sostenibilidad financiera del sistema pensional. - No podrán desconocerse derechos adquiridos. - Para la liquidación de las pensiones solamente podrán tenerse en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiera efectuado las cotizaciones - No deben existir regímenes especiales salvo el de las fuerzas militares y el del Presidente de la República - Deberá haber un procedimiento breve para la revisión de las pensiones.

- A partir de la vigencia del Acto Legislativo no podrán causarse pensiones superiores a 25 SM - Las condiciones pensionales no podrán establecerse en pactos colectivos - Los efectos del régimen de transición no podrán extenderse más allá del 31 de julio de 2010, salvo que se tengan más de 750 semanas de cotización - Eliminación de la mesada catorce para quienes tengan una pensión superior a 3 SM - No puede haber pensiones inferiores a 1 salario mínimo salvo los beneficios económicos periódicos.

- El IBL aplicable a los beneficiarios de transición es el establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. [1] Esta condición se predica igualmente a los demás servidores públicos a quienes les resulte aplicable el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, entre quienes se encuentran los Magistrados de Altas Cortes (Art. 28 Decreto 104 de 1994) y ciertos funcionarios de la rama judicial y del Ministerio Público y de órganos de control, como el Procurador General de la Nación (Decreto 65 de 1998 Art. 25), el Fiscal General de la Nación, Registrador Nacional del Estado Civil, Contralor General, el Defensor del Pueblo, Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado (Art. 25 del decreto 682 del 10 de abril de 2002).

[2] Auto 029 de 2009. [3] Cfr. Sentencia C-1067 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En el mismo sentido se pueden consultar, ente otras, las siguientes sentencias: C-397 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-1144 de 2000 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-801 de 2008 M.P. Manual José Cepeda, C-309 de 2009 M.P. Jorge Iván Palacio, y C-714 de 2009 M.P. María Victoria Calle Correa.

[4] Sobre el alcance y significado de la cosa juzgada material y formal, de un lado, y absoluta y relativa, de otro, pueden consultarse, entre muchas otras, las sentencias C-774 de 2001, C-004 de 2003, C-039 de 2003, C-469 de 2008, C-1122 de 2004 y C-310 de 2002.

[5] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. [6] Cfr. Sentencias C-447 de 1997 y C-774 de 2001, en esta última expresamente se señaló: “es necesario advertir, que de manera excepcional, resulta posible que el juez constitucional se pronuncie de fondo sobre normas que habían sido objeto de decisión de exequibilidad previa. El carácter dinámico de la Constitución, que resulta de su permanente tensión con la realidad, puede conducir a que en determinados casos resulte

imperativo que el juez constitucional deba modificar su interpretación de los principios jurídicos para ajustarlos a las necesidades concretas de la vida colectiva - aun cuando no haya habido cambios formales en el texto fundamental -, lo que incide necesariamente en el juicio de constitucionalidad de las normas jurídicas. El concepto de "Constitución viviente" puede significar que en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible, a la luz de la Constitución, - que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos, de esas realidades -, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de Constitucionalidad de una determinada norma. En estos casos, no se puede considerar que el fallo vulnera la cosa juzgada, ya que el nuevo análisis parte de un marco o perspectiva distinta, que en lugar de ser contradictorio conduce a precisar los valores y principios constitucionales y permiten aclarar o complementar el alcance y sentido de una institución jurídica." [7] Cfr. Sentencia T-426 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[8] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [9] Sobre los orígenes del Estado Social de Derecho ver también la Sentencia C-288 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[10] Sobre los orígenes de la libertad así entendida, la Corte recordó lo siguiente en la Sentencia C-288 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva:

"(…) el Estado liberal se funda en el reconocimiento de la igualdad formal entre los ciudadanos, concebidos bajo un criterio de democracia censitaria, y la actividad imparcial del aparato estatal, en tanto premisa para superar los privilegios y la arbitrariedad propia de los regímenes monárquicos y absolutos. En ese escenario, las libertades públicas, adscritas con la misma intensidad a los que adquirían el estatus de ciudadanía, eran barreras ante el ejercicio de los poderes omnímodos. Por ende, no eran concebibles tratamientos diferenciados entre los integrantes de la comunidad política, precisamente porque ello no sería nada distinto que volver al régimen de privilegios y favores regios que las revoluciones burguesas abolieron en occidente.

Esta formulación del ejercicio del poder político está fundada, por ende, en la idealización liberal de la sociedad, conformada por individuos libres e iguales, respecto de los cuales el Estado tiene la función de evitar que se interpongan barreras para el desarrollo de sus habilidades y talentos." [11] Cfr. Sentencia T-117 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[12] Ver Sentencia C-288 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. [13] Ver sentencias SU-747 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-776 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[14] Ver Sentencia C-288 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. La Corte caracterizó en esta sentencia el principio de dignidad humana así: "De acuerdo con el principio fundamental de la dignidad humana, las autoridades del Estado tienen proscrito tratar a las personas como simples instrumentos, como cosas o mercancías, como tampoco ser indiferentes frente a situaciones que ponen en peligro el valor intrínseco de la vida humana, entendida esta no ya como el derecho a no ser físicamente eliminado sino como el derecho a realizar las capacidades humanas y a llevar una existencia con sentido, en un ambiente libre de miedo frente a la carencia de lo materialmente necesario e indispensable para subsistir dignamente".

[15] Cfr. Sentencia T-881 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. [16] Ver Sentencia C-288 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. [17] Cfr. Sentencia C-464 de 2004 M.P. Jaime Araújo Rentería.

[18] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [19] Ver Sentencia C-776 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Algunos doctrinantes se centran en solo algunas de estas finalidades, por ejemplo, Díez Moreno señala que las finalidades más importantes del Estado Social de Derecho son la procura existencial –término que puede asimilarse al de garantía del

mínimo vital- y la distribución de las riquezas sociales. Ver Fernando Díez Moreno, El Estado Social, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p.p.

181-238. [20] Ver sentencias T-426 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-776 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [21] En la Sentencia T-533 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte explicó de la siguiente manera la obligación de protección de las personas en situación de pobreza que surge de la cláusula de Estado Social de Derecho:

“La pobreza, sin duda, atenta contra la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. Sus causas estructurales son combatidas mediante políticas legislativas y macro-económicas. Sus efectos, en cambio, exigen de una intervención estatal directa e inmediata, cuyo fundamento no es otro que la naturaleza social del Estado y la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.”.

Ver también esta sentencia sobre la vinculación de la sociedad y la familia al principio de solidaridad. [22] También se destaca lo afirmado en la Sentencia T-533 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz:

“2. La Constitución de 1886 establecía en su artículo 19 la asistencia pública como función del Estado que debería prestarse a quienes careciendo de medios de subsistencia y del derecho a exigirla de otras personas estuvieran físicamente incapacitados para trabajar, y atribuía al legislador la facultad de establecer los casos en que el Estado debía concederla directamente. || La asistencia pública no tuvo desarrollo legal ni aplicabilidad práctica bajo la vigencia de la Constitución de 1886, y así el Estado mismo contribuyó a aumentar la "deuda social" frente a los sectores más desfavorecidos. La concepción del Estado como mero gendarme de la sociedad, el cual intervenía en la órbita económica o social exclusivamente para suplir los vacíos dejados por los particulares quizá explica la consagración de la asistencia pública como función del Estado pero sin el reconocimiento de los derechos subjetivos correlativos para exigir de las autoridades públicas una determinada prestación. || El constituyente colombiano reaccionó en contra de la secular ausencia de respuesta institucional a la miseria y reconoció la responsabilidad de todos en lo que llamó "gran deuda social" con los sectores pobres de la sociedad ” (negrilla fuera del texto).

[23] Ver sentencias T-533 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-499 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-029 de 2001 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-1064 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[24] Ver Sentencia T-426 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [25] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [26] Ver sentencias T-426 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-288 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[27] Ver Sentencia C-776 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [28] Ver sentencias C-865 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-352 de 2009 M.P. María Victoria Calle Correa, C-228 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y C-263 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En la Sentencia C-228 de 2010, la Corporación afirmó:

“ Como se observa, el Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribe la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. En contrario, la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general.” Sobre el fundamento de este modelo, la Corte en la Sentencia C-352 de 2009 explicó : “(…)“el nuevo derecho constitucional diseña un marco económico ontológicamente cualificado, que parte del reconocimiento de la desigualdad social existente (art. 13), de la consagración de ciertos y determinados valores como la justicia y la paz social, principios como la igualdad y la solidaridad, y derechos y libertades civiles, sociales, económicos y culturales que conforman la razón de ser y los límites del quehacer estatal”.

[29] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [30] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [31] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En esta sentencia la Corte declaró inexequible al artículo 116 de la Ley 788 de 2002 que ampliaba el IVA a la compra de varios productos de la canasta familiar [32] La Corte afirmó:

"En esa misma medida, una dimensión más amplia del principio de progresividad del sistema, relevante en este proceso, invita a valorar el destino y los efectos del gasto público financiado con los recursos recaudados. En este sentido, es relevante el impacto del gasto público en la situación relativa de los contribuyentes y, en general, de los habitantes de un país. La neutralidad, progresividad o regresividad del sistema en esta perspectiva más amplia se apreciaría comparando las condiciones económicas de los diferentes integrantes de la sociedad después de efectuado el gasto público." [33] La Corporación explicó:

"En estas condiciones, la Corte concluye que el artículo 116 de la Ley 788 de 2002 tiene una particular significación sobre amplios sectores de la población cuyo nivel de ingreso se destina prácticamente en su totalidad a la satisfacción de necesidades básicas, dado que les hace más gravosa o, en casos extremos, les imposibilita alcanzar lo mínimo requerido para llevar una vida digna. En esta oportunidad, es claro que la ampliación de la base tributaria en los términos contemplados en el artículo 116 de la Ley 788 de 2002, tiene un peso significativo sobre las personas que tan solo tienen los mínimo para subsistir. Así pues, es evidente que si la norma acusada grava este tipo de bienes y servicios, dados los patrones de consumo ya señalados para las personas pertenecientes a los diferentes niveles de ingreso, su peso recae con gran intensidad sobre personas cuya capacidad económica se agota en la satisfacción de dichas necesidades. En efecto, independientemente de cuál sea el patrón de consumo de quienes pertenecen a los niveles de ingreso medio y alto - y de que éstos al consumir más por consiguiente contribuyan más - la norma acusada grava, para el caso de las personas cuya capacidad económica se agota en la satisfacción de sus necesidades básicas, prácticamente todo lo que estas personas consumen, y que antes de la entrada en vigencia de estas normas no eran objeto de imposición en razón a que la exclusión o exención de tales bienes y servicios había sido justificada para promover la igualdad real y efectiva, como ya se anotó en esta sentencia al resumir la jurisprudencia constitucional sobre el IVA. || (…) || En tercer lugar, en esta oportunidad, no hay elementos que evidencien la existencia de medidas estatales por medio de las cuales se compense la afectación concreta que supone la imposición de las cargas contenidas en la norma acusada. De un lado, la Corte toma en consideración los argumentos que expuso el Gobierno para justificar la ampliación de la base del IVA a los bienes y servicios de primera necesidad. Como ya se indicó, si bien se hace una referencia genérica a la inversión social, los recursos obtenidos por concepto del recaudo del IVA con fundamento en el artículo 116 acusado, serán destinados principalmente a la defensa y a la seguridad. La Corte se refiere a los pronunciamientos que sobre el particular hicieron el Ministro de Hacienda y la Ministra de Defensa (apartado 4.5.5.5. de esta sentencia). || Adicionalmente, la Corte también toma en consideración no sólo las insuficiencias de la red de protección social sino que el gasto público social encaminado a fortalecer dicha red ha venido disminuyendo en los últimos años según estadísticas oficiales citadas en el apartado 4.5.5.5. de esta sentencia." [34] Cfr. Sentencia C-006 de 2012, M .P. María Victoria Calle Correa.

[35] M.P. Álvaro Tafur Galvis. [36] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño. [37] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [38] Al analizar la proporcionalidad de la medida, la Corporación señaló que las finalidades de las medidas y, por tanto, los principios con los que se estaba ponderando, eran los siguientes:

"(…) de los argumentos presentados a lo largo de este proceso se identifican varias finalidades invocadas por las autoridades que han defendido la exequibilidad de la norma acusada. La primera es la de reducir el déficit fiscal. Aunque la Corte no desestima la importancia económica de esta finalidad, subraya que no se aportaron al proceso argumentos suficientes para mostrar que a la luz de la Constitución este objetivo es imperioso. La segunda finalidad es evitar que un aumento indexado de salarios conduzca al despido de servidores públicos ante la necesidad de liberar recursos para sufragar los incrementos salariales. Sobre este objetivo cabe decir lo mismo que respecto del anterior. Aunque la Corte

no desestima la importancia social de esta finalidad, subraya que no se aportaron al proceso argumentos suficientes para mostrar que a la luz de la Constitución este objetivo es imperioso. La tercera finalidad es asegurar que no se disminuya la inversión social como consecuencia de asignar recursos escasos en una situación de déficit fiscal a pagar aumentos salariales muy onerosos. En este caso, la Corte encuentra que el carácter imperioso de este fin surge directa y expresamente de la Constitución." [39] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[40] Para lograr estos objetivos, las leyes de responsabilidad fiscal pueden revestir varias formas: (1) reglas de procedimiento para la formulación de los presupuestos y la política fiscal con énfasis en la transparencia del proceso y en la limitación de la posibilidad de intervención y su alcance en relación de ciertos agentes, como por ejemplo, la limitación de la competencia del Congreso para reformar el proyecto de presupuesto que presenta el Ejecutivo; (2) reglas cuantitativas que limitan los niveles de (a) déficit fiscal, (b) deuda pública y (c) gasto, con el objetivo de imponer disciplina fiscal; (3) principios que guían la formulación de la política fiscal –como el balance del presupuesto-; (4) reglas para articular los presupuestos anuales con proyecciones fiscales de corto, mediano y largo plazo; (5) mecanismos de control político –como la rendición de informes periódicos al Congreso por las autoridades fiscales y la publicación de balances auditados-; (6) creación de nuevas instituciones como agencias fiscales independientes con funciones de monitoreo y evaluación de los desarrollos fiscales; (7) sanciones fiscales, disciplinarias y hasta penales por incumplimiento de las anteriores reglas; (8) introducción de la obligación de prever los efectos fiscales de cualquier medida de contenido económico, por ejemplo, creación de beneficios tributarios, decisiones de gasto, etc. Ver, entre otros, Carlos Cáceres, Ana Corbacho y Leandro Medina.

"Structural Breaks in Fiscal Performance: Did Fiscal Responsibility Laws Have Anything to Do with Them?" IMF Working Paper 10/248. Noviembre de 2010. Ian Lienert. "Should Advanced Countries Adopt a Fiscal Responsibility Law?" IMF Working Paper 10/254. Noviembre de 2010.

Fondo Monetario Internacional. "Fiscal Rules—Anchoring Expectations for Sustainable Public Finances". 16 de diciembre de 2009. George Kopits. "Fiscal Rules: Useful Policy Framework or Unnecesary Ornament?". IMF Working Paper 01/145.

Septiembre de 2001. [41] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [42] Expresó esta Corporación: "La Corte comparte el argumento acerca de que la escasez de recursos y la necesidad de avanzar progresivamente en la concesión de algunos beneficios, de acuerdo con la disponibilidad económica, pueden obligar a delimitar el ámbito de aplicación de un beneficio o el espectro de beneficiarios. Sin embargo, considera importante aclarar que en los casos en los que se aduzca la escasez de medios para negar el acceso a un derecho a grupos vulnerables es necesario que la argumentación no se reduzca a afirmaciones genéricas acerca de la limitación de los recursos económicos. Cuando se trata de establecer diferenciaciones que comprometen los derechos de los grupos específicos más débiles de la sociedad, el Estado corre con la carga de la argumentación para demostrar específica y realmente que era efectivamente conducente establecer una determinada diferenciación. En otra palabras, en un caso como el presente, en el que se excluye a los inválidos que superen la edad de 18 años del goce del beneficio, las afirmaciones genéricas acerca de la sostenibilidad del sistema pensional, carentes de argumentos y soportes específicos, son absolutamente insuficientes para justificar un trato desigual a la luz de la finalidad que orienta a la norma acusada. || Por otra parte, la Corte es consciente de que derechos como los que se discuten en este proceso son de aplicación progresiva, lo cual indica que no siempre pueden ser desarrollados en toda su dimensión de un día para otro, y que probablemente es necesario que inicialmente los beneficios se focalicen en algunos grupos.

Sin embargo, es claro que la marginación del acceso al beneficio para las madres trabajadoras de los hijos mayores de edad afectados por una invalidez física o mental que no les permite valerse por sí mismos y que dependen económicamente de ellas, no es constitucionalmente legítima, dada la situación de extrema vulnerabilidad en que se

encuentran. Puesto que de lo que se trata es de facilitarle a las madres trabajadoras que apoyen de forma permanente a sus hijos inválidos y que dependen de ellas económicamente, la diferenciación establecida por la norma acusada es inaceptable a la luz de la Constitución, pues como ya se señaló el mero tránsito de edad no modifica por sí mismo las condiciones de los hijos. || (…) || La Corte es consciente de que la determinación del ámbito de aplicación de un derecho tiene efectos económicos, tal como lo indica el Ministerio de Hacienda.

Sin embargo, ello no constituye per se un fundamento válido para que, una vez que el legislador adoptó la decisión de avanzar en la protección de las personas afectadas por una invalidez física o mental, en condiciones rigurosas y excepcionales, se excluya del beneficio a uno de los grupos de personas discapacitadas más débiles de la sociedad y más vulnerables dentro de la población objetivo definido por el propio legislador, cuya invalidez no les permite realizar de manera autónoma actividades básicas de supervivencia." [43] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[44] La Corte manifestó: " Esta prohibición, en criterio de la Corte, debe leerse de manera armónica con los argumentos precedentes y, en especial, con los criterios fijados por la jurisprudencia constitucionalidad para determinar la iusfundamentalidad de una posición jurídica particular, explicados en los fundamentos anteriores. Es decir, cuando el Acto Legislativo determina que el SF debe ser compatible con la vigencia y goce efectivo de los derechos fundamentales, quiere decir que la disciplina fiscal debe ceder ante la eficacia de esas posiciones jurídicas, conforme a la doctrina que sobre ese respecto ha fijado la Corte. Por ende debe rechazarse, por ser contraria a la Constitución, la interpretación según la cual la SF está basada en la distinción, ya superada, entre derechos de primera y segunda generación y que, además, el criterio de SF tiene por objeto aplazar o restringir el alcance de los derechos sociales, en oposición a los derechos fundamentales. Se ha señalado que esa restricción presenta profundos problemas dogmáticos y teóricos, de manera tal que la jurisprudencia constitucional ha concluido que la definición de un derecho como fundamental depende de factores específicos, relacionados con el vínculo entre la dignidad humana y la prestación correspondiente. Por ende, no de otra forma puede interpretarse la prohibición mencionada, sino de manera acorde con estos postulados, esto es, que cuando se hace referencia a los "derechos fundamentales", se entiende con claridad que son aquellas posiciones jurídicas que adquieren naturaleza iusfundamental, según la metodología antes expuesta. Esta explicación dista radicalmente de distinciones simplemente convencionales entre libertades y derechos prestacionales, sino que versa sobre el grado de necesidad de protección constitucional en el caso concreto, valorado en términos de vigencia del principio de dignidad humana. || 70. Esta interpretación, a su vez, es consonante con otras previsiones del Acto Legislativo, como aquella que subordina al criterio orientador de la SF al logro de los fines del Estado Social y Democrático de Derecho. Si se parte de considerar que la cláusula del ESDD está basada, entre otros pilares, en el principio de dignidad humana y que, a su vez, este principio es el basamento teórico para la definición de una posición jurídica como iusfundamental, entonces la interpretación válida de la SF debe mostrarse compatible con la garantía de esas posiciones jurídicas, encuadradas en el concepto de "derechos fundamentales", que a su vez encuentra su definición concreta en la metodología explicada en este fundamento jurídico.

[45] El artículo 25-1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que "[t]oda persona tiene derecho (….) a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad " . Por su parte, el artículo 9 del Protocolo de San Salvador dispone:

"1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.

2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se

trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.” Para la Sala se destaca particularmente la definición propuesta por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y culturales- en su Observación General 19, porque recoge los elementos más importantes de la regulación internacional. De acuerdo con este documento:

“El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo”. Cfr.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 19, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008, consideración No. 2. [46] M.P. Nilson Pinilla Pinilla [47] Sobre el alcance de la seguridad social como derecho protegido a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su observación general número XX el Comité hizo las siguientes precisiones: “ 26.

El artículo 9 del Pacto prevé de manera general que los Estados Partes "reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso el seguro social", sin precisar la índole ni el nivel de la protección que debe garantizarse. Sin embargo, en el término "seguro social" quedan incluidos de forma implícita todos los riesgos que ocasionen la pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias ajenas a la voluntad de las personas .

27.De conformidad con el artículo 9 del Pacto y con las disposiciones de aplicación de los Convenios de la OIT sobre seguridad social -Convenio Nº 102, relativo a la norma mínima de la seguridad social (1952) y Convenio Nº 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes (1967)- los Estados Partes deben tomar las medidas adecuadas para establecer, con carácter general, sistemas de seguros de vejez obligatorios, a percibir a partir de una edad determinada, prescrita por las legislaciones nacionales ” (…) 30. Finalmente, para dar pleno cumplimiento al mandato del artículo 9 del Pacto, como ya se ha señalado en los párrafos 20 y 22, los Estados Partes deberán establecer, dentro de los recursos disponibles, prestaciones de vejez no contributivas u otras ayudas, para todas las personas mayores que, al cumplir la edad prescrita fijada en la legislación nacional, por no haber trabajado o no tener cubiertos los períodos mínimos de cotización exigidos, no tengan derecho a disfrutar de una pensión de vejez o de otra ayuda o prestación de la seguridad social y carezcan de cualquier otra fuente de ingresos”.

[48] Estos son: (i) artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “ Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad ”; (ii) artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “ Artículo 9 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social ”; (iii) artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona: “ Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia ”;

(iv) artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “ Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes ”; y (v) artículo 11, numeral 1, literal “e” de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer:

Artículo 11 || 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas".

Ver también el Código Iberoamericano de la Seguridad Social, aprobado por la Ley 516 de 1999, que en su artículo 1ero establece: "El Código reconoce a la Seguridad Social como un derecho inalienable del ser humano" .

[49] Ver Sentencia T-284 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [50] Ver Sentencia C-623 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil. [51] En relación con el principio de universalidad , el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas señaló que los estados partes deben prestar especial atención a las personas y los grupos que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, en particular las mujeres, los desempleados, los trabajadores insuficientemente protegidos por la seguridad social, las personas que trabajan en el sector no estructurado, los trabajadores enfermos o lesionados, las personas con discapacidad, las personas de edad, los niños y adultos a cargo, los trabajadores domésticos, las personas que trabajan en su domicilio, los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos, los repatriados, los no nacionales, los presos y los detenidos. Adicionalmente, en la observación se resalta que los estados partes tienen la obligación de hacer efectivo el derecho a la seguridad social en los casos en que las personas o los grupos no estén en condiciones, por motivos que se consideren razonablemente ajenos a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con los medios a su disposición dentro del sistema de seguridad social existente. Para el efecto, los Estados Partes deberán adoptar planes no contributivos u otras medidas de asistencia social para prestar apoyo a las personas y los grupos que no puedan hacer suficientes cotizaciones para su propia protección. Por su parte, el artículo 6 de la Ley 100 de 1993 indica que uno de los objetivos del Sistema de Seguridad Social Integral consiste en garantizar la ampliación de cobertura hasta lograr que toda la población tenga acceso a éste, mediante mecanismos que en desarrollo del principio constitucional de solidaridad, permitan que sectores sin la capacidad económica suficiente como campesinos, indígenas y trabajadores independientes, artistas, deportistas, madres comunitarias, accedan al sistema y al otorgamiento de las prestaciones en forma integral. Ver las sentencias C-623 y C-1024 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-823 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño, y C-543 de 2007 M.P. Álvaro Tafur Galvis .

[52] Ver la sentencia T-068 de 1998; M.P. Alejandro Martínez Caballero. [53] En sentencia C-126 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, la Corte indicó que "(…) la solidaridad hace referencia al deber que tienen las personas, por el solo hecho de hacer parte de una determinada comunidad humana, de contribuir con sus esfuerzos a tareas comunes, en beneficio o apoyo de los demás asociados o del interés colectivo. Por consiguiente, en materia de seguridad social, el principio de solidaridad implica que todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto ."

[54] M.P. Rodrigo Escobar Gil. [55] Artículo 4 del Decreto Ley 20530 de 1974. [56] Artículo 7 del Decreto Ley 20530 de 1974. [57] Artículo 49 del Decreto Ley 20530 de 1974.

[58] Disposición Final y Transitoria Primera de la Constitución Política de Perú de 1993 : " Los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos, se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los decretos leyes 19990 y 20530 y sus modificatorias".

[59] Artículo 3 de la Ley 28389 del 17 de noviembre de 2004: "Declárase cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley 20530. En consecuencia, a partir de la entrada en vigencia de esta Reforma Constitucional:

|| No están permitidas las nuevas incorporaciones o reincorporaciones al régimen pensionario del Decreto Ley 20530. || Los trabajadores que, perteneciendo a dicho régimen, no hayan cumplido con los requisitos para obtener la pensión correspondiente, deberán optar entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones. || Por razones de interés social, las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda. No se podrá prever en ellas la nivelación de las pensiones con las remuneraciones, ni la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una Unidad Impositiva Tributaria. || El ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de nuevas reglas pensionarias será destinado a incrementar las pensiones más bajas, conforme a la ley. Las modificaciones que se introduzcan en los regímenes pensionarios actuales, así como los nuevos regímenes pensionarios que se establezcan en el futuro, deberán regirse por los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación".

[60] Tribunal Constitucional de Perú, Proceso de Constitucionalidad, sentencia de fecha 3 de junio de 2005: "1. Se sientan las bases de una redistribución económica importante que elimina distorsiones insultantes en los montos pensionarios en un Estado pobre como el peruano. || 2. Como consecuencia de lo anterior y conforme a la Ley 28449, se introduce un elemento de justicia social: se posibilita el aumento en la base de aquellos pensionistas del régimen del D.L. 20530 que perciben menos de una RMV (S/. 415.00), así como se produce un aumento a aquellos que perciben pensiones menores de S/. 800.00. || 3. Por lo tanto, se postula una progresividad en el ejercicio real de los derechos pensionarios del conjunto de pensionistas del régimen del D.L. N° 20530 y no solo de un sector de ellos, como era antes de la reforma. || 4. La reforma permite ampliar a mayores sectores las prestaciones del régimen de pensiones".

[61] Comisión IDH, informe admisibilidad y fondo No. 38/09, Asociación Nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras contra Perú , 27 de marzo de 2009. Párr. 23 a 41.

[62] Comisión IDH, informe admisibilidad y fondo No. 38/09, Asociación Nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras contra Perú , 27 de marzo de 2009. Párr. 29.

[63] Corte I.D.H., Caso Salvador Chiriboga. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179 . Párr. 61; Corte I.D.H., Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez.

Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170 . Párr. 174. [64] Corte I.D.H., Caso Salvador Chiriboga. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179 .

Párr. 60. [65] Ibídem [66] Comisión I.D.H., informe admisibilidad y fondo No. 38/09, Asociación Nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras contra Perú, 27 de marzo de 2009. Párr. 102.

[67] ECHR. Kjartan Ásmundsson v. Iceland. Comunicación No. 60669/00. Decisión Final. 30 de marzo de 2005. Párr. 44. Citando: Müller v. Austria , Comunicación No. 5849/72, Informe de la Comisión de 1 de octubre de 1975. Decisiones e informes 3, p. 25.

[68] ECHR. Kjartan Ásmundsson v. Iceland. Comunicación No. 60669/00. Decisión final. 30 de marzo de 2005. Párr. 40. [69] ECHR. Kjartan Ásmundsson v. Iceland. Comunicación No. 60669/00.

Decisión final. 30 de marzo de 2005. Párr. 39. Citando: Domalewski v. Poland (dec.), Comunicación No. 34610/97, ECHR 1999-V. [70] Comisión IDH, informe admisibilidad y fondo No. 38/09, Asociación Nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras contra Perú , 27 de marzo de 2009. Párrafos 106 y 107.

[71] Comisión IDH, informe admisibilidad y fondo No. 38/09, Asociación Nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras contra Perú , 27 de marzo de 2009. Párrafo 110.

[72] La Corte Europea ha considerado que la eliminación "de privilegios excepcionales" puede constituir un fin legítimo. Ver: ECHR. Stanislaw Domalewski v. Poland. Comunicación No. 34610/97. Decisión de admisibilidad.

Asimismo, ha señalado que es legítimo que los cambios en los derechos pensionales tomen en consideración las necesidades de los titulares del derecho a la pensión. También indicó como legítima la necesidad de resolver las dificultades financieras de un fondo de pensiones. ECHR. Kjartan Ásmundsson v.

Iceland. Comunicación No. 60669/00. Decisión final. 30 de marzo de 2005. Párrs. 42 y 43. [73] Comisión IDH, informe admisibilidad y fondo No. 38/09, Asociación Nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras contra Perú , 27 de marzo de 2009. Párr. 112..

[74] Comisión IDH, informe admisibilidad y fondo No. 38/09, Asociación Nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras contra Perú , 27 de marzo de 2009. Párrafos 116 y 121.

[75] Comisión IDH, informe admisibilidad y fondo No. 38/09, Asociación Nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras contra Perú , 27 de marzo de 2009. Párrafo 136.

[76] Comisión IDH, informe admisibilidad y fondo No. 38/09, Asociación Nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras contra Perú , 27 de marzo de 2009. Párrafo 138.

[77] Comisión IDH, informe admisibilidad y fondo No. 38/09, Asociación Nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras contra Perú , 27 de marzo de 2009. Párrafo 136.

[78] Comisión IDH, informe admisibilidad y fondo No. 38/09, Asociación Nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras contra Perú , 27 de marzo de 2009. Párrafo 140.

[79] Sentencia de 11 de diciembre de 1961, Ponente: Enrique López de Pava, ver. G.J.T. XCVII, #2246-9, pág. 18. [80] Artículo 8, Ley 90 de 1946:

“ Para la dirección y vigilancia de los seguros sociales, créase como entidad autónoma con personería jurídica y patrimonio propio, un organismo que se denominará Instituto Colombiano de Seguros Sociales, cuya sede será Bogotá.” [81] Artículo 16, Ley 90 de 1946:

“L os recursos necesarios para cubrir las prestaciones en especie y en dinero correspondientes a los seguros obligatorios y los gastos generales de los mismos, serán obtenidos, salvo en los casos expresamente exceptuados, por el sistema de triple contribución forzosa de los asegurados, de los patronos y del Estado. Cuando a este último le corresponda contribuir, su cuota no será inferior a la mitad de la cuota del patrono. Además, para las empresas cuyo capital no exceda de treinta mil pesos ($ 30.000), o de ciento veinticinco mil ($ 125.000) tratándose de empresas agrícolas o mineras explotadoras de metales preciosos, el Estado contribuirá con una parte de la respectiva cuota patronal, que el decreto reglamentario fijará entre un diez por ciento (10%) y un cuarenta por ciento (40%) de la misma. Los aportes del Estado se financiarán, en primer término, con los productos de las rentas especiales de que trata el artículo 29 , pero si no fueren suficientes, el Gobierno arbitrará los recursos ordinarios y extraordinarios que sean indispensables. || PARAGRAFO. Cuando se trate de asegurados obligatorios que tengan efectivamente más de cuatro personas a su cargo, de aquellas a las que está obligado a alimentar de acuerdo con las prescripciones del Código Civil, el Estado podrá contribuir hasta con la mitad del aporte que le corresponda al asegurado, lo que regulará el Departamento Matemático - Actuarial, teniendo en cuenta el excedente de personas que vivan a cargo de éste.” [82] FEDESARROLLO, “ El sistema pensional en Colombia: Retos y Alternativas para aumentar la cobertura ”. Informe Final, abril de 2010.

[83] Bonilla G, Ricardo, “ Pensiones: En Busca de la equidad ”, en Boletín N° 8 del Observatorio de Coyuntura Socio Económica (OCSE) del Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), Bogotá, 2001, p. 1.

[84] Ver Sentencia C-789 de 2002. [85] M.P. Carlos Gaviria Díaz [86] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa [87] M.P. Antonio Barrera Carbonell [88] M.P. Rodrigo Escobar Gil [89] Sentencia C-789 de 2002 [90] En la Sentencia C-663 de 2007, se cita a su vez la Sentencia C-613 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, allí la Corte dijo:

“En efecto, si bien nada obsta para que tal transformación produzca un trato disímil entre situaciones que sólo se diferencian en razón del momento en el cual se consolidaron, también es cierto que para que dicho tratamiento resulte legítimo se requiere que no afecte el principio de proporcionalidad, de no discriminación y, en suma, de interdicción de la arbitrariedad” .

[91] C-663 de 2007. [92] Nótese que el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace referencia “ al momento de entrar en vigencia del sistema ”, no la Ley.

[93] M.P. Álvaro Tafur Galvis [94] Italia es el primer país con un pasivo pensional del 242 % del PIB, lo sigue Francia con un 216 % del PIB y luego Reino Unido con un 193 % del PIB. Después de Colombia, que ocupa el cuarto lugar, se encuentra Japón con un 162 %, luego Uruguay con un 156%, Turquía con un 146 %, Costa Rica con un 97%. Ver Carrillo Guarín, Julio César, Reforma constitucional al sistema de pensiones: evaluación y análisis, Bogotá, Temis, 2005, p. 3.

[95] Explica el profesor Carrillo Guarín “ que si bien el nivel de pasivo en Colombia en términos del PIB es similar al de Japón (…) el nivel de cobertura de población en edad de pensión con este beneficio en nuestro país es cercano al 23% de las personas de 60 o más años, en tanto en este país asiático el sistema pensional cobija al 88% de la población mayor de 65 años ” (Ibíd., pp. 3 a 4).

[96] Ibíd. [97] Gaceta 385 de 2004. [98] Ver Gaceta 385 de 2004. [99] Ver s entencias C-1089 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis, y T-138 de 2010.

M .P. Mauricio González Cuervo. De esta última, se destaca el siguiente aparte : “ Tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el régimen de ahorro individual con solidaridad, esa irrenunciabilidad de la pensión de vejez, y más precisamente de las figuras alternas de la indemnización sustitutiva o la devolución de aportes, tiene otra finalidad relacionada con la sostenibilidad financiera del sistema, que también es un propósito constitucional explícito.

De permitirse la renuncia a estos derechos en casos individuales, se empezaría a desmoronar gradualmente el delicado diseño técnico, financiero y actuarial del sistema, que presupone un tiempo suficiente de aportes, y unos requisitos de edad mínimos, de tal manera que, en promedio, sea dable pagar pensiones en forma que no se imponga una carga excesiva sobre el sistema que pondría en riesgo los derechos pensionales de la gran mayoría de quienes a él contribuyen.

La renuncia voluntaria a la pensión de vejez implicaría, por ejemplo, la desaparición de la obligación de cotizar al sistema, con grave riesgo para el fondo común y solidario en que se basa el sistema de prima media, y también para la satisfacción de las garantías ofrecidas por el sistema de ahorro individual, el cual, por lo demás, también tiene un componente solidario que depende de la disciplina en los aportes.” [100] Ver Sentencia C-242 de 2009.

M.P. Mauricio González Cuervo. [101] Ver Sentencia T-489 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [102] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[103] La doctrina acerca del principio de los derechos adquiridos nace como desarrollo del artículo 2° del Código Civil francés, según el cual “la ley solo dispone hacia el futuro y no tiene efecto retroactivo” . Valero Rodríguez, Jorge Humberto, “Derechos Adquiridos en el Derecho Laboral”, Librería Ediciones del Profesional Ltda.

2012. [104] Merlín de Douat, citado por Roubier, Paul, “ Derechos Subjetivos y situaciones jurídicas”, tomo 1, París, 1963. Fiore, a su turno , define el derecho adquirido como “el derecho perfecto, aquél que se debe tener por nacido por el ejercicio integralmente realizado o por haberse íntegramente verificado todas las circunstancias del acto idóneo, según la ley en vigor para atribuir dicho derecho, pero que no fue consumado enteramente antes de haber comenzado a entrar en vigor la ley nueva”, y agrega, que “lo pasado, que queda fuera de la ley, es el derecho individualmente ya adquirido, en virtud de una disposición de la antigua ley antes vigente”.

Fiore, Pascuale , “ De la Irretroactividad e Interpretación de las leyes” , Editorial Reus, 2009. Los hermanos Mazeaud consideran que derecho adquirido es aquél "

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

. Henri, León y Jean Mazeaud, “Lecciones de Derecho Civil ”, Tomo I. Ver también García Máynez, Eduardo, “Introducción al Estudio del Derecho ”, Editorial Porrúa, 2001, p. 392.

[105] Citado por Valero Rodríguez, Jorge Humberto, “Derechos Adquiridos en el Derecho Laboral”, Librería Ediciones del Profesional Ltda. 2012.

[106] Bonnecase, Julián, “Elementos de Derecho Civil”, Tomo I, p.p. 194 y ss. [107] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de Contencioso Administrativo, sentencia del 29 de abril de 1983, radicación n.° 3.413, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Esta cita de Beudant es tomada por el Consejo de Estado de un texto de Eduardo Zuleta Ángel: Derechos Adquiridos, Editorial Cromos, página 28. La siguiente cita de la misma providencia del Consejo de Estado, la cual a su vez citó al profesor Restrepo Hernández, también es ilustrativa de la tesis:

"En toda disposición legal dice Restrepo Hernández encontramos dos cosas, dos elementos, infaliblemente: (A) el elemento material; y (B) el elemento formal. || El primero, el material, no depende de la ley; ella lo encuentra, lo toma y lo gobierna. Ese elemento material es el hecho previsto en la ley, la hipótesis, base de sus disposiciones, el caso de la ley, como dicen los prácticos. || "El otro elemento, el formal, el jurídico, es la conclusión jurídica que la ley saca del hecho, es la verdadera disposición legal que consagra derechos e impone obligaciones; es el efecto legal y jurídico del hecho. || "Sentado esto, podemos sacar en consecuencia que, verificado el hecho previsto en la ley, nacen por lo mismo, las consecuencias jurídicas que la ley le asigna al hecho. La lógica así lo indica y así lo impone la buena fe del legislador. || "Esas consecuencias son los derechos adquiridos. || Los derechos adquiridos son pues las consecuencias jurídicas nacidas en virtud de una ley vigente al cumplimiento del hecho previsto en la misma ley’ (ob. cit., págs.

60 y 61)”. [108] Larroumet, Christian, “Introduction à l’étude du droit privé” , Droit civil, tome 1; 2ème édition, 1995. [109] La notion de droits acquis en droit administratif français, Editorial L.G.D.J., 1996, París.

[110] Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de Contencioso Administrativo, sentencia del 29 de abril de 1983, radicación n.° 3.413, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. En esta sentencia se cita a Eduardo Zuleta Ángel, Derechos Adquiridos, Editorial Cromos, p. 28.

[111] A modo ilustrativo, la Sala observa que parte de la jurisprudencia francesa ha aplicado esta visión de los derechos adquiridos. Por ejemplo, la Sala Social del Tribunal de Casación, en su Sentencia del 8 de noviembre 1990, casó el fallo de la Corte de Apelación en el cual la Corte sostuvo el tesis, según el cual, en virtud del principio de la no-retroactividad de la ley para apreciar los derechos a la pensión que tiene una persona, hay que colocarse en el momento, en el cual dicha persona empezó a recibir su pensión, lo que es antes de la entrada en vigor de la nueva ley. El Tribunal de casación rechazó este razonamiento, considerando que “ el demandante no pide una revisión de las cuotas pensiónales ya recibidas, sino solicita el beneficio de una bonificación, la cual, según la nueva ley, hay que agregarse a la pensión ”. El Tribunal de casación, confirmando el principio del efecto inmediato de la ley sobre las situaciones jurídicas en curso, “estimó que el demandante tiene el derecho de este beneficio a partir de la entrada en vigor de la ley, la cual lo otorga y no por el periodo anterior a dicha ley.” Por su parte, el Consejo del Estado francés en la sentencia del 29 de julio de

1994, constató que “ los decretos nº 93-1022 et 93-1024, los cuales fijan las condiciones de cálculo de las pensiones que todavía no han sido liquidados y no de las pensiones pasados no violan los derechos adquiridos” CE 29 juillet 1994 (traducción libre). De otro lado, en 1986, el Consejo Constitucional tuvo que examinar la constitucionalidad de la ley nº 84-575 del 9 de julio de 1984, la cual buscaba a limitar la posibilidad de acumulación de las pensiones de un régimen obligatorio con los ingresos de actividad. Los demandantes sostenían que dicha ley es contraria al derecho a la propiedad, consagrado en el artículo 17 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, la cual tiene valor constitucional. El Consejo Constitucional consideró que la ley no viola el derecho a la propiedad, explicando “ que el derecho a la pensión reconocido a los antiguos funcionarios del Estado es un derecho en frente al cual los funcionarios están en la misma situación estatutaria como en frente a sus derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de su función durante el periodo activo de su carrera.

” C. const. 16 janvier 1986 (traducción libre). El Tribunal Constitucional español también ha acogido una definición de derecho adquirido muy similar a la que acá se denomina dinámica:

“ [e]n cuanto a la pretendida vulneración del art. 33.3 CE, porque según el Juzgado promotor de la cuestión el Real Decreto-ley 8/2010 recorta derechos económicos adquiridos del funcionario público reconocidos para toda la anualidad presupuestaria por la Ley de presupuestos generales del Estado para 2010, señala el Fiscal General que esta consideración de los derechos retributivos como derechos adquiridos se contradice con lo afirmado en el propio Auto de que se trata de derechos aun no ejecutados por no haberse devengado . En todo caso, conforme a la doctrina establecida en la STC 99/1987, de 11 de junio, no es posible considerar que las retribuciones no devengadas, por corresponder a mensualidades en las que aún no se ha prestado el servicio público, se encuentren incorporadas al patrimonio del funcionario y tengan el carácter de derechos adquiridos, tratándose, por el contrario, de meras expectativas de derechos . Por otra parte, del art.

38.10 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público, se desprende la posibilidad de modificación de las retribuciones no devengadas, cuando concurra causa de interés público derivada de una alteración sustancial en las circunstancias económicas, que es justamente lo acontecido en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto-ley 8/2010, por lo que debe descartarse que se haya producido una expropiación de derechos económicos que contravenga lo previsto en el art. 33 CE” .

Auto 179 del 13 de diciembre de 2011. A tono con esta concepción, en el Auto 008 de 2012, el Tribunal Constitucional español subrayó que “[t]ampoco ha admitido este Tribunal la posibilidad de que los preceptos legales cuestionados hayan afectado a la interdicción constitucional de expropiación de derechos sin indemnización contenida en el art. 33.3 CE, por cuanto la reducción de retribuciones impuesta por el art. 1 del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, lo es con efectos de 1 de junio de 2010 respecto de las retribuciones vigentes a 31 de mayo de 2010, esto es, afecta a derechos económicos aún no devengados por corresponder a mensualidades en las que aún no se ha prestado el servicio público y, en consecuencia, no se encuentran incorporados al patrimonio del funcionario, por lo que no cabe hablar […] de una regulación que afecta retroactivamente a derechos ya nacidos ” (subrayas añadidas).

[112] En este sentido la Sentencia de 1983 del Consejo de Estado señaló que "[l]a ley es retroactiva: a) Cuando borra o destruye en el pasado los efectos ya producidos de un acto o de un hecho anterior, o en otros términos, cuando nos arrebata un derecho en el pasado; b) Cuando suprime o modifica infuturum uno de nuestros derechos actuales en razón de un hecho pasado”.

En distintos términos, la irretroactividad de la ley reside en el mantenimiento por la ley nueva de las situaciones jurídicas concretas. [113] Cfr. Sentencia T-655 de 2008 M.P. Humberto Sierra Porto.

[114] “ Conforme a lo anterior, en principio la ley no puede afectar una situación jurídica concreta y consolidada, que ha permitido que un derecho ingrese al patrimonio de una persona, por haberse cumplido todos los supuestos previstos por la norma abstracta para el nacimiento del derecho. Una modificación de esa situación está en principio prohibida por desconocer derechos adquiridos (CP art 58). Pero en cambio, la ley puede modificar las regulaciones abstractas, sin que una persona pueda oponerse a ese cambio, aduciendo que la nueva regulación le es menos favorable y le frustra su posibilidad de adquirir un derecho, si aún no se han cumplido todos los supuestos fácticos que la regulación modificada preveía para el nacimiento del derecho. En este caso, la persona tiene una mera expectativa, que la ley puede modificar, sin que en manera alguna pueda afirmarse que por esta sola circunstancia haya violado derechos adquiridos, pues, se repite, la ley rige hacia el futuro y nadie tiene derecho a una eterna reglamentación de sus eventuales derechos y obligaciones. Y es que si se admitiera que una mera expectativa pudiera impedir el cambio legislativo, llegaríamos prácticamente a la petrificación del ordenamiento, pues frente a cada nueva regulación, alguna persona podría objetar que la anterior normatividad le era más favorable y no podía entonces ser suprimida” . Cfr. Sentencia C-038 de 2004.

[115] Este entendimiento fue descrito por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 22 de julio de 1969: “ Pero la Corte ha dejado diáfanamente definido que la situación jurídica en curso o status que se origina conforme a la ley anterior y opera dentro de la nueva, es un situación consolidada que, si bien puede regirse en sus efectos futuros por la ley nueva, no puede ser desconocida por esto, como no pueden ser desconocidos los derechos concretos que ella genera y que quedaron consolidados antes de la última ley, viniendo a constituir para ella factapraeterita .

Es decir, son intangibles estos como «bien jurídico creado por un hecho capaz de producirlo según la ley entonces vigente (el hecho generador del status de derecho, anota la sala), y que de acuerdo con los preceptos de la misma ley entró en el patrimonio del titular» (Garavito, acogido por Tascón, Derecho constitucional colombiano, edición 1939, pág 84). Pero la situación jurídica en curso no es bien que en un momento dado, teniendo vocación hacia el futuro, haya ingresado íntegramente al patrimonio del titular con todas sus características y modalidades iniciales, y consecuencias futuras, para que en estas no pueda afectarse por la norma legal que se expide durante su curso” .

[116] M.P. Antonio Barrera Carbonell. [117] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [118] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [119] En España, “ el legislador (o, más precisamente, los legisladores, habida cuenta de la plural potestad legislativa que la Constitución implanta) tiene muy variadas posibilidades de intervención normativa en el campo de los derechos fundamentales: el legislador orgánico, para el desarrollo de los derechos y libertades (art. 81); el legislador ordinario, para regular el ejercicio (art. 53); el legislador autonómico, al que el Tribunal Constitucional ha reconocido competencia para satisfacer la reserva de ley que establece el artículo 53, e incluso cabría preguntarse si el ejecutivo con veste legislativa (art. 86) tiene competencia normativa en materia de derechos y libertades, amén de las múltiples reservas de ley específicas contenidas en un buen número de preceptos del Título I, así como habilitaciones al legislador para limitar los derechos fundamentales .” Aguiar de Luque, Luis, “ Los límites de los derechos fundamentales”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, ISSN 0214-6185, Nº. 14, 1993, p.p.

9-34. [120] M.P. Ciro Angarita Barón [121] M.P. Alfredo Beltrán Sierra. [122] M.P. Antonio Barrera Carbonell. [123] Ver Sentencia C-491 de 2002.

M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [124] M.P. Carlos Gaviria Díaz. [125] Esta posición ha sido reiterada en las sentencias C-604 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz y C-822 de 2011 M.P. Mauricio González Cuervo.

[126] M.P. Mauricio González Cuervo [127] Sentencia T-210 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [128] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [129] M.P. Jaime Araújo Rentería.

[130] Sentencia T-426 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [131] Ibídem [132] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En esta oportunidad la Corte estudió una demanda contra la supuesta inconstitucionalidad de los artículos 10, literal d) y

parágrafo 1º (parcial), 24 (parcial) y 25 de la Ley 1164 de 2007, por afectar, en opinión del actor, el núcleo esencial del derecho fundamental a la libre escogencia de profesión u oficio establecido en el artículo 26 del Estatuto Superior.

[133] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [134] Ver sentencia T-291 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [135] Ver la sentencia C-524 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz. La Corte, en esta oportunidad, expresó:

"[El] Estado al regular la actividad económica cuenta con facultades para establecer límites o restricciones en aras de proteger la salubridad, la seguridad, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la Nación, o por razones de interés general o bien común. En consecuencia, puede exigir licencias de funcionamiento de las empresas, permisos urbanísticos y ambientales, licencias sanitarias, de seguridad, de idoneidad técnica, etc., pero en principio y a título de ejemplo, no podría en desarrollo de su potestad de intervención interferir en el ámbito privado de las empresas, es decir, en su manejo interno, en las técnicas que se deben utilizar en la producción de los bienes y servicios, en los métodos de gestión , pues ello atentaría contra la libertad de empresa y de iniciativa privada (…)" (negrilla fuera de texto).

[136] Al respecto, la Sentencia C-449 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, se expuso que " el disfrute de los derechos fundamentales no es absoluto, pues como las demás garantías suponen la posibilidad de ser limitados siempre y cuando se respete su núcleo esencial. En este sentido, se ha puesto de presente que en tanto las restricciones a los derechos constitucionales propendan por una finalidad cimentada en un bien constitucional de igual o de superior jerarquía al que es materia de regulación legal y se cumpla con los requisitos de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, ellas no se oponen a la Constitución " .

[137] Como fue indicado en las sentencias C-093 de 2001, M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-896 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, entre otras, la doctrina y la jurisprudencia constitucional comparadas, así como la propia práctica de esta Corporación, han evidenciado que existen tres grandes enfoques para la realización de tales escrutinios:

(i) Uno de origen europeo, mejor conocido como juicio de proporcionalidad y que será el que se empleará en la presente decisión. (ii) Otro de origen estadounidense, que diferencia distintos niveles de intensidad dependiendo de la materia sometida a control: por ejemplo, los asuntos económicos son sometidos a un nivel leve de escrutinio en el que basta que una medida sea potencialmente adecuada para lograr una finalidad que no es prohibida por el orden constitucional. Por el contrario, controversias que versan sobre derechos fundamentales o sobre tratos diferenciados basados en criterios sospechosos (como sexo, raza, nacionalidad, etc.) deben someterse a un escrutinio estricto, según el cual la medida adoptada por el Legislador debe ser necesaria para alcanzar un fin no solamente permitido, sino imperioso a la luz de la Carta. Las demás controversias se examinan bajo un escrutinio intermedio que exige que el medio elegido por el legislador sea efectivamente conducente o esté sustancialmente relacionado con un fin que debe ser "importante" desde la perspectiva constitucional (ver también las sentencias C-445 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Cabalero y C-673 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) (iii) Finalmente, la propia Corte ha propuesto un juicio integrado -formulado por primera vez en la sentencia C-093 de 2001- que pretende reunir las ventajas de los dos anteriores mediante la práctica de todos los niveles de examen del juicio de proporcionalidad, pero sometidos a distintos niveles de rigor dependiendo de la materia bajo examen. La Corte no ha unificado su jurisprudencia en torno a cuál juicio o método de análisis debe emplearse en sede de control de constitucionalidad.

[138] Contra legemfacit, qui id facitquodlexprohibet, in fraudem vero, quisalvisverbislegissententiameiuscircumvenit. Digesto de Justiniano, I (1968) 1, 3, 29 Pág. 57.

[139] ASCARELLI. "Il negozio indirecto e le societá commerciale". en Studi per Vivante. Roma. 1931. p. 23. [140] Betti, Emilio, Teoría general del negocio jurídico , Editorial Revista de Derecho Privado. 2da ed. Madrid. 1959. p 283.

[141] Balestra, Ricardo, Derecho Internacional Privado, parte especial ; Editorial Abeledeo – Perrot; Pág. 19 [142] Vodanovic, Antonio; Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel, Tratado de Derecho Civil , Partes Preliminar y General,

Tomo Segundo, Primera Edición, Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 369.

[143] Vodanovic, Antonio; Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel, Ibid. p. 369. [144] Vodanovic, Antonio; Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel.

Op. Cit. p. 370 [145] En ese fallo el Consejo de Estado se negó a declarar la nulidad de unos contratos administrativos para la explotación de unos yacimientos de carbón ubicados en el Municipio de Cúcuta, en el Departamento de Norte de Santander. El Consorcio Minero de Cúcuta, demandante en el proceso, alegó que dichos contratos se superponían parcialmente a la licencia que le había sido otorgada con anterioridad a la celebración de los negocios jurídicos controvertidos. La Corporación consideró que el actor omitió ejercer la defensa de sus derechos por la vía de la oposición, que era el mecanismo jurídico idóneo para hacer valer sus intereses. En este orden de ideas, arguyó que " no le es permitido a quien puede formular OPOSICION quedarse pasivo, inactivo, para luego, pasada la oportunidad legal para hacerlo, tratar de recuperar el tiempo perdido acudiendo a otros expediente como el de solicitar la nulidad absoluta de los contratos celebrados con terceros por el titular del APORTE".

Por consiguiente, expresó que el hecho de intentar, mediante la alteración calculada de su comportamiento, el nacimiento de un derecho a través de una norma que no es la correctamente aplicable constituye fraude a la ley. Consejo de Estado, Sección Tercera. Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta.

Sentencia del 13 de febrero de 2013. Radicación: 5487. [146] M.P. Eduardo Montealegre Lynett. En dicho fallo se revisó el caso de 3 peticionarios que solicitaron el amparo por considerar que la Organización Electoral, Registraduría Nacional del Estado Civil, había vulnerado su derecho fundamental a la participación en política.

En su concepto, el hecho de negarse a adicionar las firmas que acompañaron su solicitud de inscripción de la iniciativa de referendo constitucional, "Referendo Contra la Corrupción # 2", con las obtenidas en el apoyo a dicho referendo, constituía una interpretación de la Carta y de la Ley 136 de 1994, que desconoce el derecho fundamental a la participación política".

Esta Corporación decidió confirmar la decisión de primera instancia, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado el 4 de mayo de 2001, mediante la cual se revocó la sentencia de primera instancia, proferida por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que había declarado la improcedencia de la decisión, y en su lugar, denegó la tutela interpuesta por los accionantes.

Lo anterior, por considerar que la pretensión de los demandantes se constituía en fraude a la ley , lo que conduciría a la violación de los derechos fundamentales a la libertad, a la igualdad y al debido proceso y al sacrificio de la democracia misma.

[147] Raymond, Guillien y Jean, Vincent. " Diccionario jurídico ". Temis, 2004. [148] Josserand, Louis, "Del Abuso del Derecho y Otros Ensayos " , Temis, 1999, pp. 5.

[149] Ripert George y Planiol Marcel, "Tratado práctico del derecho civil francés" , La Habana (Cuba), Editorial. Cultural, 1936, p. 787. [150] Valencia Zea, Arturo, "Derecho Civil de las Obligaciones" , Tomo III, Bogotá, Editorial. Temis, 1998, p. 304.

[151] Mazeud Henri, León y Tunc Andre, "Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual", Santiago Sentis Melendo (Traducción), Buenos Aires, Edición.

Europa - América , 1993, pp. 238 y 239. [152] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de enero de 2005. Magistrado Ponente, Jaime Alberto Arrubla Paucar.

[153] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de noviembre de 1969. [154] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil.

Sentencia del 24 de enero de 2005. Magistrado Ponente, Jaime Alberto Arrubla Paucar. [155] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil.

Sentencia del 15 de agosto de 2006, Magistrado Ponente, Octavio Munar Cadena. [156] Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 27 de noviembre de 1998, Magistrado Ponente Dr. José Fernando Ramírez Gómez.

[157] Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 5 de agosto de 1937, magistrado ponente, Juan Francisco Mujica. [158] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 9 de agosto de 2000, Magistrado Ponente Dr. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. Exp. 5372.

[159] Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil. Sentencia del 1º de abril de 2003. Magistrado Ponente Dr. Jorge Santos Ballesteros. Exp. 6499.

[160] “Una vez señalada por el juez el valor de la caución, nace para el actor la obligación de cumplir con esta carga procesal, que de no acatarse, impide garantizar el pago de los impuestos o multas en cuanto fuere desfavorable lo resuelto y conlleva la imposibilidad de seguir adelante con el proceso. Lo anterior, tiene su razón de ser en que la caución pretende garantizar que no se acuda a la justicia de manera injustificada y se evite el abuso del derecho de acción para evadir el cumplimiento de la obligación tributaria, por tanto, la omisión de este deber impide que el actor sea oído dentro del proceso hasta tanto demuestre la seriedad de su causa”.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Cuarta. Auto del 15 de julio de 2004 que resuelve el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la DIAN. Consejera Ponente Dra. Ligia López Díaz.

[161] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Cuarta. Sentencia del 27 de abril de 2001. Consejero Ponente Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié.

[162] “ Por último, no hay lugar a condenar en costas a la demandada, pues no se encuentra probado que la conducta asumida por la DIAN demuestre temeridad, abuso del derecho o mala fe”.

Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 12 de febrero de 2010. Consejera Ponente (E) Martha Teresa Briceño de Valencia.

[163] Sentencia de Sala Plena de la Corte Constitucional. [164] Sobre el tema ver, entre otras, las sentencias C-556/92, C-454/93, T-511/93, T-465/94, T-119/95, T-199/95, T-379/95, T-441/95, T-443/95, T-713/96, SU-624/99, T-172/99, T-1011/00, T-1676/00, C-490/02, C-159/03, T-519/03, C-670/04, T-299/05, T-544/06, T-853/06.

[165] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz [166] Sentencia T-511 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [167] M.P. José Gregorio Hernández Galindo. [168] Ibídem [169] M.P. Hernando Herrera Vergara.

En dicho fallo la Corte Constitucional avocó el caso de una señora que aparecía reportada en las centrales de riesgo como “deudora morosa” del el Banco Caja Social por mora en el pago de una tarjeta de crédito. La Corporación protegió sus derechos fundamentales encontrando que “la clara y manifiesta violación del derecho fundamental al Habeas Data por parte de la Caja Social de Ahorros, al omitir su deber constitucional de actualizar los datos comerciales que poseía de la señora (…) en su central de información -DataCrédito-, lo cual ha debido ordenar y hacer desde el mes de abril de 1986, se ordenará en la parte resolutiva de esta providencia, condenar en abstracto a la Caja Social de Ahorros para que indemnice el daño emergente causado por dicha omisión, así como el pago de las costas del proceso, lo que corresponderá evaluar y determinar al Juzgado Octavo Civil Municipal de Medellín” . De otro lado, consideró que “los derechos a la libertad, a la intimidad, al buen nombre y a la honra buscan preservar el valor del individuo como persona

y proteger los aspectos internos y externos del individuo que comprometen su imagen personal: en otras palabras, pretenden la protección de la dignidad humana. Respecto al registro, utilización y circulación de datos financieros, su finalidad es económica, en cuanto tiende a la reducción y eliminación del riesgo en las operaciones financieras. La creación y utilización de los bancos de datos, entre ellos los financieros, es constitucional siempre que exista una adecuada proporcionalidad entre el medio empleado y sus efectos reales sobre los derechos fundamentales del titular del dato, en particular sobre los derechos a conocer, actualizar y rectificar la información en ellos recogida (CP. art. 15).

Constituye un uso desproporcionado y arbitrario del poder informático, y en consecuencia, un abuso del respectivo derecho (CP. art. 95-1), el registro, conservación o circulación de datos de una persona más allá del término legalmente establecido para ejercer las acciones judiciales con miras al cobro de las obligaciones, causando con ello graves perjuicios a la persona como resultado de su exclusión indefinida del sistema financiero, el cual debe respetar los derechos fundamentales de la persona" (Énfasis fuera del texto original).

[170] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [171] M.P. José Gregorio Hernández Galindo. [172] M.P. Alejandro Martínez Caballero. [173] Ver entre otras, las sentencias C-544 de 1994, C-496 de 1997 y T-097 de 2011.

[174] "Este principio, que fue desarrollado por la jurisprudencia alemana, recogido por el Tribunal Europeo de Justicia en la sentencia del 13 de julio de 1965, y aceptado por doctrina jurídica muy autorizada, pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe (CP art. 83), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación. Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política. ".

Cfr. Sentencia C-478 de 1998 M:P. Alejandro Martínez Caballero. [175] Cfr. Sentencia C-478 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero. También en la Sentencia T-034 de 2004 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[176] Ver sentencias T-053 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-926 de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [177] M.P. Jorge Arango Mejía.

[178] M.P. Alejandro Martínez Caballero. [179] "García Macho Ricardo, Artículo "Contenido y límites del principio de la Confianza legítima " Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí .Editorial Civitas, Madrid 1989 .pág 461." [180] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[181] Jesús González Pérez, El principio general de la buena fe en el derecho administrativo, Madrid, Edit. Civitas, 1989, p. 60. [182] "Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 15 de julio de 1981, asunto Edeka en J. Boulouis y M. Chevallier, Grands Arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes, París, Dalloz, 1993, p. 77.

En este fallo, el TJCE consideró que "las instituciones comunitarias disponen de un margen de apreciación en cuanto a los medios para la realización de su política económica; los operadores económicos no pueden justificar una posición de confianza legítima en el mantenimiento de una situación existente que puede ser modificada por esas instituciones en el marco de sus poderes de apreciación".

[183] "Corte Constitucional, sentencia C- 478 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero." [184] Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Salvamentos de Voto de los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Álvaro Tafur Galvis. [185] “Corte Constitucional, sentencia SU- 120 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis. Salvamentos de voto de los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araújo Rentería. “ [186] “Corte Constitucional, sentencia C-007 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.” [187] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[188] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. [189] Ver Sentencia T-053 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil. [190] “Los miembros del Congreso y de las asambleas departamentales gozarán de las mismas prestaciones e indemnizaciones sociales consagradas para los servidores públicos en la ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la adicionen o reformen.” –Artículo 7° Ley 48 de 1992-. En igual sentido Ley 5ª de 1969 artículo 4°.

[191] “Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: (..) b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo” –Ley 6° de 1945 artículo 17-.

Artículo 29.Los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de derecho público, se acumularán para el cómputo de tiempo en relación con la jubilación, y el monto de la pensión correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo servido y al salario o remuneración devengados en cada una de aquéllas” –Ídem artículo 29-.Respecto del cómputo a que se refiere el artículo 29 antes trascrito, la Ley 172 de 1959 dispuso:

“Para los efectos del artículo 29 de la ley 6ª de 1945, los lapsos en que se hayan devengado asignaciones o dietas por servicios a la Nación en el ejercicio del cargo de Senadores o Representantes, o a los Departamentos en el de Diputados a las Asambleas, se acumularán a los demás períodos de servicio oficial o semioficial.” –artículo 4°-.

[192] “Esta ley rige a partir de su sanción y deroga los artículos 27 y 28 del Decreto Extraordinario 3135 de 1968 y las demás disposiciones que le sean contrarias” (29 de enero de 1985, Diario oficial 36.856 13 de febrero de 1985) -Ley 33 de 1985, artículo 25-.

La expresión “rige a partir de su sanción” fue declarada inexequible en la Sentencia C-932 de 2006. [193] Sobre el monto del reajuste a que tienen derecho los pensionados por el Fondo de Previsión Social del Congreso, que adquirieron el status pensional antes de la Ley 4ª de 1992, i) en consideración a que el artículo 17 de la citada Ley lo fija en 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto perciba el Congresista, y el mismo artículo pero del Decreto 1359 de 1993 determina que no podrá ser inferior al 50% de la pensión a que tendrían derecho los actuales congresistas; y ii) habida cuenta que el Fondo de Previsión del Congreso, en algunos casos sostenía que el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 determinaba el reajuste de las pensiones reconocidas durante su vigencia, y el Decreto reglamentario definió el monto pensional al que tenían derecho quienes se hicieron acreedores a la pensión antes de mayo 18 de 1992, consideró:

”(..) que cuando el legislador le señala al Gobierno Nacional, normas, objetivos y criterios que debe observar para fijar el régimen salarial y prestacional de los miembros del Congreso de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal c) de la Constitución política, lo ha ordenado en forma que no admite modificación” ; y que “ (..) se ha de recalcar, que el reajuste especial establecido en el artículo 17 del Decreto 1359 de 1993 ordenado conforme al artículo 17 de la ley 4ª de 1992 tiene que ser aplicado por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, sin establecer discriminación alguna y dentro de los límites establecidos en los artículos 5º y 6º del mismo Decreto 1359 y concatenando el aumento por una sola vez del sueldo de los Congresistas con el ajuste por una sola vez de la mesada pensional de los ex-congresistas –sentencia T-456 de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero, en igual sentido sentencias T-463 de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz y T-214 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[194] “(..) la exclusión del artículo 273, tal como se expresa en el concepto del Jefe del Ministerio Público, respeta lo establecido en el artículo 150 numeral 19-e de la Constitución, en tanto es competencia del Gobierno la implementación

de esa medida, otorgándole la posibilidad de incluir a los servidores públicos al sistema de la ley" – Sentencia C 408 de 1994 M.P. Fabio Morón Díaz.

[195] El Decreto 691 de 1994, "por el cual se incorporan los servidores públicos al Sistema General de Pensiones y se dictan otras disposiciones", fue expedido por el Presidente de la República , "en uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las conferidas en el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 100 de 1993" –Diario Oficial 41.289 30 de marzo de 1994- [196] El Decreto 1293 de 1994 expedido por el Ministro de Gobierno, Delegatario de las Funciones Presidenciales, fue publicado el 24 de junio de 1994 en el Diario Oficial 41.406 de la fecha.

[197] El Decreto 816 de 2002 fue publicado en el Diario Oficial 44.786, el 1° de mayo de 2002. [198] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa [199] Cfr. Sentencia C-681 de 2003 M.P. Conjuez Ligia Galvis Ortiz.

[200] La decisión fue adoptada por la Sala Plena en Sentencia del 18 de noviembre de 2002 con ponencia del conjuez ponente Pedro Charria Angulo.

[201] Ver Sentencia T-483 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. [202] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [203] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[204] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [205] Estos se encuentran, entre otras disposiciones, en la Ley 32 de 1961, el Decreto 69 de 1973, los decretos 1282 y 1302 de 1994, la Ley 33 de 1985, el Decreto 1045 de 1975, el Decreto Ley 2661 de 1960, la Ley 6 de 1945, la Ley 22 de 1942, el Decreto 902 de 1969, el Decreto 546 de 1971 y el Decreto 1660 de 1978.

[206] Por lo anterior, en todos aquellos casos en que el precepto sometido a estudio ofrezca dudas acerca de su verdadera comprensión, la Corte, previo al análisis de constitucionalidad, debe entrar a determinar el alcance que éste tiene dentro del sistema jurídico imperante. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional, entre otras, en las Sentencias C-109 de 1995, C-389 de 1996, C-488 de 2000, C-1255 de 2001, C-415 y C-426 de 2002.

[207] Ver Sentencia C-426 de 2002 M .P. Rodrigo Escobar Gil . [208] Cfr. Ib. [209] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [210] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[211] "Artículo 5°: Ingreso Básico para la liquidación pensional. Para la liquidación de las pensiones, así como para sus reajustes y sustituciones, se tendrá en cuenta el ingreso mensual promedio del último año que por todo concepto devenguen los Congresistas en ejercicio, a la fecha en que se decrete la prestación, dentro del cual serán especialmente incluidos el sueldo básico, los gastos de representación, la prima de localización y vivienda, prima de transporte, prima de salud, prima de navidad, y toda otra asignación de la que gozaren." [212] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[213] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [214] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [215] Ver sentencias T-631 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1000 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T–169 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-651 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-386 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-158 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-251 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-180 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, entre otras.

[216] Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencias del 21 de noviembre de 2002, C.P. Tarsicio Cáceres Toro, y del 30 de noviembre de 2003, C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado; del 21 de octubre de 2009, C.P Gustavo Gómez Aranguren, 18 de febrero de 2010 .

[217] M.P. José Gregorio Hernández Galindo. [218] Radicado Interno 8046-05, C.P. Alejandro Ordoñez Maldonado. [219] Ibíd. [220] Ibíd. [221] M.P. Jorge Arango Mejía.

[222] M.P. Fabio Morón Díaz. [223] Sentencia del 25 de noviembre de 2010. Radicación N° 1014-09. Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

[224] M.P. Carlos Gaviria Díaz. [225] Cfr. Sentencia C-608 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo. [226] Ver FEDESARROLLO, “Sostenibilidad del seguro previsional en Colombia”, Informe Final, mayo de 2011. Remitido al proceso que hoy se estudia.

[227] Cfr. p. 29. [228] El artículo 36 indica: “ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. || La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones 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” (negrilla fuera del texto).

[229] La retrospectividad es un efecto especial de las normas jurídicas, según la cual las normas que tienen efectos hacia el futuro impactan también las situaciones que ya venían en formación desde antes de la vigencia de la norma y que después de su vigencia continuarán en formación.

La Corte en sentencia C-177 de 2005 diferenció la retroactividad de la retrospectividad: “ Se considera que la ley tiene efectos retroactivos cuando se aplica a situaciones ya definidas o consolidadas de acuerdo con leyes anteriores. Por su parte, el concepto de retrospectividad significa que las nuevas normas se aplican inmediatamente, a partir del momento de iniciación de su vigencia, a los contratos de trabajo en curso.

“Ciertamente, el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo prohíbe la retroactividad de la ley al expresar que ‘[l]as normas sobre trabajo (...) no tienen efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a las leyes anteriores’. Al mismo tiempo, el artículo autoriza la retrospectividad de la ley laboral cuando dispone que ‘[l]as normas sobre trabajo, por ser de orden público producen efecto general inmediato, por lo cual se aplican también a los contratos de trabajo que estén vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empiecen a regir...’” .

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 22 de julio de 1969, declaró que “ [l]a Corporación hizo entonces, siguiendo el criterio expuesto por el ex magistrado de la Corte, doctor Manuel José Angarita, desde fines del siglo pasado, una clara dicotomía ente el efecto retroactivo y el efecto retrospectivo de la ley, para enmarcar dentro del primero el quebranto legal de los denominados por nuestra Constitución derechos adquiridos conforme a leyes anteriores, y la simple acción sobre los desarrollos, las modalidades o las consecuencias de las relaciones jurídicas, situaciones o status en curso” .

[230] Sentencia T-248 de 2008 M.P Rodrigo Escobar Gil. [231] “Corte Constitucional. Sentencia SU-995-99 M.P. Carlos Gaviria Díaz. Es esta ocasión la Corte concluyó que “No corresponde a una efectiva protección de los derechos a la igualdad y al trabajo, la idea de limitar la protección judicial del salario por vía de tutela, a la cuantía que define el legislador como salario mínimo, pues éste es, según la ley, la contraprestación menor aceptable en las labores que no requieren calificación alguna. Si el juez de amparo escoge el criterio cuantitativo más deficiente para limitar la

procedencia de la tutela, no sólo desconoce las necesidades de un vasto sector de la población para el que el salario, si bien superior al mínimo, también es la única fuente para satisfacer las necesidades personales y familiares".

[232] "Corte Constitucional. Sentencia T-338-01 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Así mismo, en la sentencia T-631-00, con ponencia a cargo del mismo Magistrado, consideró que "La disminución de lo justo, en la liquidación de una pensión, afecta la calidad de vida del aspirante a pensionado, acostumbrado en su actividad laboral a recibir un salario que le ha permitido fijarse determinadas metas y compromisos. El mínimo vital tiene una dimensión cualitativa y no cuantitativa".

[233] En sentencia C-1287 de 2001 la Corte indicó: "Sobre la distinción entre reglas y principios, Alexy señala que "las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo. Por lo tanto pueden ser llamadas "mandatos definitivos". Su forma de aplicación característica es la subsunción.

En cambio, los principios son mandatos de optimización. En tanto tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no solo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas. Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios o puestos. Esto significa que los principios dependen de y requieren ponderación. La ponderación es la forma característica de la aplicación de principios".

[234] " Estos se encuentran, entre otras disposiciones, en la Ley 32 de 1961, el Decreto 69 de 1973, los decretos 1282 y 1302 de 1994, la Ley 33 de 1985, el Decreto 1045 de 1975, el Decreto Ley 2661 de 1960, la Ley 6 de 1945, la Ley 22 de 1942, el Decreto 902 de 1969, el Decreto 546 de 1971 y el Decreto 1660 de 1978." [235] Así se entiende por lo que se escuchó en el debate de la ponencia e inequívocamente se deriva del hecho de que en la sentencia no se imparte ninguna orden para disminuir las pensiones de estos servidores superiores a 25 smlmv.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 30 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.