



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de octubre de dos mil doce (2012)

Radicación interna: 2121

Número Único: 11001-03-06-000-2012-00075-00

Referencia: Pensión Mínima para desmovilizados

El señor Ministro del Trabajo consulta a la Sala sobre la vigencia del artículo 147 de la ley 100 de 1993 que garantiza una pensión mínima a los colombianos que acogidos a procesos de paz, se desmovilicen.

I. ANTECEDENTES

Anota el señor Ministro que el artículo 147 de la ley 100 de 1993 establece:

“ARTÍCULO 147. GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA PARA DESMOVILIZADOS. Los colombianos que acogidos a procesos de paz se hayan desmovilizado o lo hagan en el futuro, podrán pensionarse en las edades establecidas en la presente Ley, con garantía de pensión mínima en el régimen de prima media con prestación definida, siempre que hayan cotizado por lo menos 500 semanas.”

Agrega que el literal l) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 fue adicionado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que preceptúa:

“l) En ningún caso a partir de la vigencia de esta ley, podrán sustituirse semanas de cotización o abonarse semanas cotizadas o tiempo de servicios con el cumplimiento de otros requisitos distintos a cotizaciones efectivamente realizadas o tiempo de servicios efectivamente prestados antes del reconocimiento de la pensión. Tampoco podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados, de conformidad con lo previsto en la presente ley. Lo

anterior sin perjuicio de lo dispuesto en pactos o convenciones colectivas de trabajo;”

Explica que a partir de la ley 797 de 2003 en ningún caso se pueden otorgar pensiones en razón de la sustitución de cotizaciones o tiempos de servicio por el cumplimiento de otros requisitos, prohibición que se elevó a rango constitucional por el Acto Legislativo 01 de 2005. Transcribe los siguientes apartes de la norma:

“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.

(...)

Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones (...)

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 párrafos del presente artículo.” (Subraya el Ministro)

En tal virtud, pregunta:

“1. ¿Con ocasión de la posterior expedición de normas de carácter legal y superior, se entiende derogado tácitamente el artículo 147 de la ley 100 de 1993, en la medida que resulta incompatible con dichos preceptos?”

2. De no entenderse derogado ¿Cuál debe ser el alcance y sentido que debe darse a la precitada disposición legal en el marco de la previsión contenida en el literal l) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005, según el cual a partir de su vigencia, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública y al Presidente de la República?”

II. CONSIDERACIONES

Para efectos de dar respuesta a los interrogantes formulados por el señor Ministro, la Sala considera necesario ocuparse de los siguientes puntos: i) los alcances del artículo 48 de la Constitución Política, con las modificaciones introducidas por el Acto Legislativo 01 de 2005, teniendo en cuenta además los antecedentes de este último y ii) analizar si la pensión mínima para

desmovilizados constituye un régimen especial que contraría lo dispuesto por el Acto Legislativo 01 de 2005.

A. Alcances del artículo 48 de la Constitución Política

El artículo 48 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005 dispone:

“ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

(...)

Adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. *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.*

Adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. *En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos.*

Adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. *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.*

Adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. 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.

Adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. 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 párrafos del presente artículo.

(...)

Adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. 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.

(...)

Adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. 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 párrafos 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".

Adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. 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.

Adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. 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.

(...)"

Para el análisis del asunto objeto de consulta, la Sala constata en los antecedentes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, lo siguiente:

Las modificaciones introducidas al artículo 48 constitucional tuvieron origen en la Cámara de Representantes, con los proyectos de Acto Legislativo 34 y 127 de 2004.

En la exposición de motivos del proyecto 34, los ministros de Hacienda y Crédito Público y de Protección Social explican:

"(...)

5.1 La sostenibilidad financiera del sistema como principio constitucional

En la medida en que el país ha venido haciendo un esfuerzo considerable por sanear el problema pensional, es fundamental establecer mecanismos para evitar que en un futuro dicho esfuerzo pueda verse desperdiciado. Por tal razón, se propone incluir como principio constitucional el de la sostenibilidad financiera del sistema. Lo anterior implica, por consiguiente, que en cualquier regulación futura que se haga del régimen pensional se debe preservar su equilibrio financiero, evitando por consiguiente situaciones críticas como las que podrían producirse de no adoptarse las reformas que han venido siendo estudiadas por el Congreso y el presente proyecto de Acto Legislativo

5.2 La eliminación de regímenes exceptuados o especiales

Como ya se dijo, las reformas legales mantienen los regímenes de transición y más grave aún, no impiden que se celebren pactos o convenciones por los cuales se convengan beneficios pensionales muy superiores a los previstos por las leyes que regulan el Sistema de Seguridad Social.

Dicha situación tiene un impacto profundo desde el punto de vista de la equidad, de la sostenibilidad del Sistema General de Pensiones, de muchas empresas públicas y de la posibilidad para la Nación de atender sus deberes en otras materias.

En efecto, no es justo que los colombianos con el pago de impuestos crecientes y/o con sus cotizaciones financien el que algunas personas puedan pensionarse con edades y tiempos de cotización inferiores. A lo anterior se agrega que las personas que pueden pensionarse con edades y tiempos de servicios menores, terminan recibiendo pensiones superiores a las del resto de los colombianos, con montos mayores a los 25 salarios mínimos que es el tope de pensión que señala la ley, sin que en la mayoría de los casos hayan realizado cotización alguna, lo que implica cuantiosos subsidios.”¹

Similares consideraciones se vertieron en la exposición de motivos del proyecto de Acto Legislativo 127 de 2004, como aparece en la Gaceta del Congreso número 452 de 2004.²

En el informe de ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes de los proyectos de Acto Legislativo números 34 y 127 de 2004, acumulados, se lee:

(...)

La eliminación de regímenes exceptuados o especiales

La mayoría de los participantes en las audiencias públicas se refirieron a este tema, tanto para sostener su permanencia como para propender a su eliminación. Nosotros hemos valorado ambas posiciones, estimando que la igualdad y la equidad exigen su eliminación, sin menoscabo en todo caso de las expectativas legítimas de quienes se encuentran cercanos a adquirir el beneficio pensional.

Si bien es cierto que actualmente la Constitución Política contempla que corresponde al legislador regular el servicio de seguridad social y ello permite

¹ Gaceta del Congreso número 385 del 23 de julio de 2004.

² La diferencia sustancial entre el proyecto 34 y el 127 de 2004 es que este último proponía un último inciso del siguiente tenor:

“No hay derechos adquiridos a la inmutabilidad de la ley. El legislador podrá siempre modificar el régimen pensional sin que deba respetar expectativas, pero no podrá desconocer derechos adquiridos, esto es aquellos que se tienen por haberse cumplido los supuestos de hecho previstos en la norma vigente antes de la expedición de la nueva ley, de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero de la presente reforma constitucional.”

*que el legislador establezca diversos sistemas para diversas situaciones, esto, a la postre, ha permitido que se presenten tratamientos inequitativos.*³

Por otra parte, en el informe de ponencia para segundo debate, los representantes a cargo de rendirlo, aseveraron:

“Aunque los efectos de la Ley 100 son en muchos aspectos positivos, aun permanecieron ciertos problemas, como por ejemplo algunos parámetros muy blandos y la vigencia de regímenes especiales quienes gozan de mayores beneficios que el sistema general y cuyas condiciones para acceder a ellos son menores, por lo general tienen una edad de jubilación y una prima de cotización más bajas, menor número de semanas cotizadas y mayores montos de pensión.

De esta manera en cuanto a los regímenes especiales o amparados bajo algún tipo de instituciones particulares se refiere (Ej.: Convenciones colectivas), al no mantener una proporcionalidad razonable financiera y equitativamente hablando, generan déficit operacional y este viene a ser cubierto por dos fuentes. La primera de ellas es por transferencias obtenidas directamente del Gobierno (presupuesto nacional) y la segunda consiste en utilizar parte de los ingresos operacionales de las empresas del Gobierno para cubrir las necesidades pensionales. Cualquiera de dichas fuentes afecta las finanzas públicas y demandan recursos cuyos usos alternativos podrían ser el sector salud, educación, transporte, etc. (...)

(...)

En el ahorro que compete a la eliminación de los regímenes especiales a partir del año 2010, gracias a su dispersión y número, no se tiene una cuantificación exacta del mismo, pero sí se tiene claro que en los regímenes especiales se gozan de mayores beneficios que en el sistema general de pensiones y las condiciones para acceder a ellos son menores, por lo general tienen una edad de jubilación y una prima de cotización más baja, menor número de semanas cotizadas y mayores montos de pensión y ello es condición suficiente para juzgar a aquellos regímenes como de inequitativos y sobre los cuales no existe justificación técnica alguna para su sostenimiento por parte de los impuestos que pagan todos los colombianos, solo para mantener a unos cuantos pensionados si se tiene en cuenta que el nivel de cobertura en Colombia es muy bajo.”⁴

Ya en el Senado de la República, el informe de ponencia para primer debate

³ Gaceta del Congreso número 593 del 5 de octubre de 2004.

⁴ Gaceta del Congreso número 645 del 25 de octubre de 2004.

del proyecto de Acto Legislativo, ahora con el número 011 de 2004, explica:

“En lo que tiene que ver con los regímenes especiales y exceptuados los suscritos ponentes apoyamos la idea de que salvo los miembros de la fuerza pública, el Magisterio y el del Presidente de la República, a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo todos los colombianos que lleguen a pensionarse lo hagan con los mismos requisitos de monto, cotizaciones y tiempo señalados en la ley general de pensiones. No nos parece coherente tratar de suprimir los derechos adquiridos del régimen de transición pero proponer que hasta diciembre de 2009 se mantengan los privilegios exorbitantes de los pensionados bajo esta clase de regímenes. Nos parece que hacia el futuro, igualmente, no se pueda decretar pensión superior a 25 salarios mínimos vigentes, y que las convenciones y pactos colectivos de trabajo si puedan ocuparse del tema pensional pero teniendo como techo de negociación máximo los requisitos generales de la ley de pensiones.”⁵

Así las cosas, del texto del artículo 48 Superior y de los antecedentes del Acto Legislativo 01 de 2005 que aparecen transcritos, la Sala concluye que en aras de la equidad social y para garantizar el principio de “sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social”, se proscribieron los regímenes especiales o exceptuados de pensiones, salvo los correspondientes al Presidente de la República, la fuerza pública y los previstos en los párrafos del artículo 48.

B. La pensión mínima para desmovilizados constituye un régimen especial que contraría el Acto Legislativo 01 de 2005

Dice el artículo 147 de la ley 100 de 1993:

“ARTÍCULO 147. GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA PARA DESMOVILIZADOS. Los colombianos que acogidos a procesos de paz se hayan desmovilizado o lo hagan en el futuro, podrán pensionarse en las edades establecidas en la presente Ley, con garantía de pensión mínima en el régimen de prima media con prestación definida, siempre que hayan cotizado por lo menos 500 semanas.”

⁵ Gaceta del Congreso número 739 del 23 de noviembre de 2004

El régimen de prima media con prestación definida previsto en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003, exige para la pensión de vejez, una edad y unas semanas de cotización mínimas, así:

*"CAPITULO II.
PENSIÓN DE VEJEZ*

*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 1o. 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 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015 (...)"

Esta Sala ha dicho que una de las características del régimen de prima media con prestación definida es la obligación de efectuar los aportes establecidos por la ley y que el reconocimiento de las pensiones se efectúa con base en las semanas cotizadas, dando cumplimiento al principio de "obligatoriedad de cotizaciones"⁶, contemplado por el artículo 17 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003, que prevé: "Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen."

La jurisprudencia constitucional ha precisado que la base económica y jurídica para que el sistema general de pensiones funcione la constituyen las cotizaciones, cuyo monto, a cargo de empleadores y de trabajadores, se encuentra especificado en la ley 100 de 1993.⁷

⁶ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 22 de abril de 1998. Radicación 1082

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C 543 de 2007

No debe olvidarse como lo ha advertido la Sala, que el Acto Legislativo No. 01 de 2005, *“Por el cuál se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política”*, introdujo significativas modificaciones en materia pensional, con la finalidad principal de garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones establecido por la ley 100 de 1993.⁸

En consecuencia, el artículo 147 de la ley 100 de 1993, en la medida que hace beneficiarios de pensión a los desmovilizados que estén en las edades establecidas en la Ley, pero con una cotización de sólo 500 semanas, claramente constituye un régimen especial, pues prevé beneficios mayores a los establecidos en el régimen general⁹, lo que rompe con el equilibrio financiero que surge de las cotizaciones, y lo coloca en contradicción con el *“principio de sostenibilidad financiera”*.

Por otra parte, se observa que el artículo 48 de la Constitución con la modificación introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005, perentoriamente dispone que *“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 párrafos del presente artículo.”*

En suma, esta Sala estima que el artículo 147 de la ley 100 de 1993 es contrario al artículo 48 de la Constitución modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, lo cual implica que fue derogado por el nuevo ordenamiento constitucional, de conformidad con el artículo 9 de la ley 153 de 1887 que dice: *“La Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior á la Constitución y que sea claramente contraria á su letra ó á su espíritu, se desechará como insubsistente.”*

III. La Sala RESPONDE:

1. *¿Con ocasión de la posterior expedición de normas de carácter legal y superior, se entiende derogado tácitamente el artículo 147 de la ley 100 de 1993, en la medida que resulta incompatible con dichos preceptos?*

Como se explicó en la parte considerativa, el Acto Legislativo 01 de 2005 produjo la derogatoria del artículo 147 de la ley 100 de 1993.

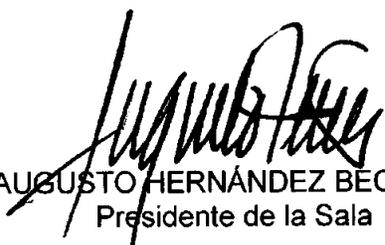
⁸ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 11 de noviembre de 2009. Radicación 1964.

⁹ Ver: Corte Constitucional. Sentencia T- 664 de 2008

2. De no entenderse derogado ¿Cuál debe ser el alcance y sentido que debe darse a la precitada disposición legal en el marco de la previsión contenida en el literal l) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005, según el cual a partir de su vigencia, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública y al Presidente de la República?

Dado el sentido de la respuesta a la pregunta anterior, la Sala no absolverá este interrogante.

Remítase al señor Ministro del Trabajo y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.



AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA
Presidente de la Sala



LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO
Consejero de Estado



WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero de Estado



OSCAR ALBERTO REYES REY
Secretario de la Sala

08 NOV. 2012 LEVANTAMIENTO DE RESERVA OFICIO No. 172896 DEL 7 NOVIEMBRE DE
2012