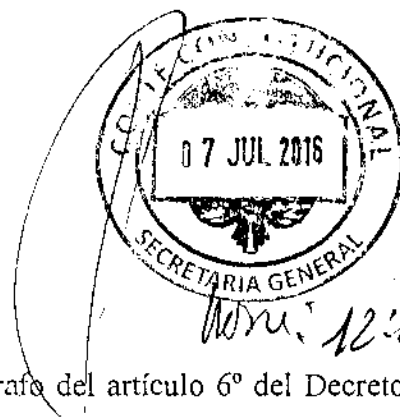


Bogotá, D.C.

Honorables Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL
SALA PLENA
E.S.D.



Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo del artículo 6° del Decreto Ley 2090 de 2003.

Respetados Doctores,

Juan Camilo Rueda Carrillo, mayor de edad e identificado con C.C. No. 80.804.056 de Bogotá, D.C., en mi condición de ciudadano en ejercicio, actuando en nombre propio, presento ante la Honorable Sala, DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD contra el parágrafo del artículo 6 del Decreto Ley 2090 de 2003, por ser violatorio de los artículos 48 y 13 de la Constitución Política conforme se expondrá más adelante en los fundamentos de esta demanda.

Con el objetivo de cumplir con los requisitos exigidos para la emisión de una sentencia de fondo sobre el examen de constitucionalidad de la norma demandada, esta demanda se dividirá en 3 partes: 1. La identificación de la norma demandada, expresando algunas consideraciones sobre su alcance a fin de que la H. Corte tenga claro que el contenido que la jurisprudencia y los conceptos administrativos han dado a la norma demandada, permite afirmar que esta limita el acceso al régimen de transición de los radioperadores y controladores de tránsito aéreo que con la expedición del Decreto 2090 de 2003 vieron afectada su expectativa legítima de pensionarse en las condiciones establecidas en el régimen consagrado en el Decreto 1835 de 1994.; 2. Desarrollaré un cargo contra la norma demandada por violación del artículo 48 de la Constitución Política y dos normas que integran el bloque de constitucionalidad; y 3. Finalmente me referiré a explicar rápidamente la razón por la cual la Corte Constitucional es competente para conocer del asunto, aclarando que sobre esta norma no existe cosa juzgada constitucional material respecto de las razones de inconstitucionalidad que se exponen en esta demanda.

1. LA NORMA DEMANDADA

A continuación, se señala la norma acusada, subrayando el aparte de la misma que vulnera la Constitución Política:

“DECRETO 2090 DE 2003
(Julio 26)

“Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades”.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,
en uso de sus facultades extraordinarias conferidas en el numeral 2 del artículo 17 de la Ley 797 de 2003, y

CONSIDERANDO:

(...)

DECRETA:

(...)

Artículo 6°. Régimen de transición. Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.

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

Teniendo en cuenta que la norma acusada deriva en otro texto jurídico, por remisión expresa e incluso por interpretación sistemática es posible afirmar que esta demanda se dirige contra un contenido normativo complejo que se estima contrario a la Constitución.

Debido a que la norma acusada es el resultado de la articulación de dos textos legales, es necesario identificar el contenido normativo demandado, anunciando que el otro texto legal que integra la disposición normativa acusada es el aparte subrayado de la siguiente norma:

“LEY 100 DE 1993
(diciembre 23)

“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

(...)

ARTICULO. 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”.

Estos dos textos legales integran una norma jurídica compleja; según la cual para acceder al régimen de transición consagrado en el artículo sexto del Decreto Ley 2090 de 2003 será necesario:

- a) Haber completado 500 semanas de cotización efectuadas en cualquier actividad que hubiere sido calificada jurídicamente como de alto riesgo (inciso primero del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003 y Sentencia C-663/07).

Y

- b) Haber tenido 35 años o más de edad si son mujeres al 1 de abril de 1994 (artículo 36 de la Ley 100 de 1.993), es decir tener 44 años, 3 meses y 26 días de edad al momento de la expedición del Decreto 2090 de 2003 (23/07/2003).
- c) Haber tenido 40 años o más de edad si son hombres al 1 de abril de 1994 (artículo 36 de la Ley 100 de 1.993), es decir tener 49 años, 3 meses y 26 días de edad al momento de la expedición del Decreto 2090 de 2003 (23/07/2003)
- d) O Haber cumplido 15 o más años de servicios al 1 de abril de 1994 (artículo 36 de la Ley 100 de 1.993).

Así las cosas, debe entenderse que esta demanda está dirigida contra el contenido normativo acusado que no es otro que el parágrafo del artículo 6 del Decreto Ley 2090 de 2003 en cuanto condiciona el acceso al régimen de transición en actividades de alto riesgo, al cumplimiento del requisito de edad o tiempo de servicios previsto en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

a) Alcance de la norma demandada:

La Corte Constitucional ha reconocido que el Decreto 2090 de 2003 no es simplemente un ajuste en la normatividad de pensiones de alto riesgo, sino que **constituye un régimen pensional nuevo e independiente de las normas anteriores sobre pensiones de alto riesgo, que unificó las previsiones pensionales del sector público y privado dedicado a actividades de alto riesgo.** Así en la sentencia C-663 de 2007, al leer el desarrollo progresivo del régimen pensional de actividades de alto riesgo, la Corte aclaró:

"3.2. Antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, las actividades de alto riesgo eran reguladas de forma diversa, según se tratara de trabajadores del sector privado o del público. Con la expedición de la Ley 100 de 1993, se dio origen al establecimiento de un nuevo régimen en la materia para los trabajadores de alto riesgo, que excluyó algunas actividades laborales previamente tenidas en cuenta en esta categoría, (vgr. los trabajadores dedicados al tratamiento de la tuberculosis, los periodistas, los aviadores civiles, entre otros), y definió nuevas normas que se aplicarían tanto para el sector público como para el privado (Decreto 1281 de 1994 y Decreto 1835 de 1994).

Posteriormente, el Decreto 2090 de 2003, tuvo la pretensión de unificar el régimen de trabajadores de alto riesgo, cobijando tanto a trabajadores del sector privado como del sector público en una normativa conjunta. Bajo ese supuesto, derogó integralmente los Decretos 1281 de 1994 y 1835 del mismo año, entre otros.

3.4. (...) El Decreto 1835 de 1994 reguló las actividades de alto riesgo de todos los servidores públicos, salvo de aquellos de la Registraduría Nacional y del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, para quienes se definió una regulación especial. De esta forma, el artículo 1º estableció que sin perjuicio del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no se reconocerían para los servidores públicos pensiones especiales diferentes a las previstas en el decreto emulado y en el régimen general de actividades de alto riesgo (Decreto 1281 de 1994).

3.5. En la actualidad, el Decreto 2090 de 2003, - cuyo artículo 6º se acusa en esta oportunidad -, regula las pensiones especiales de alto riesgo, bajo la pretensión de unificar los diversos regímenes especiales previos consagrados con posterioridad a la Ley 100 de 1993.

Con fundamento en las facultades extraordinarias conferidas por el numeral 2 del artículo 17 de la Ley 797 de 2003, el Decreto Ley 2090 de 2003 fue proferido por el Gobierno y publicado el 28 de julio de 2003. **Según este decreto, esta nueva normatividad resulta aplicable a todos los trabajadores que laboran en las siguientes actividades de alto riesgo (Art. 2º): (a) los trabajos de minería que prestan el servicio en socavones o en subterráneos; (b) los trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas por encima de los valores permisibles; (c) los trabajos con exposición a radiaciones ionizantes, (d) la exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas; (e) en la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces,**

la actividad de las técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida; (f) en los Cuerpos de Bomberos, quienes realicen la actividad relacionada con la función específica de actuar en operaciones de extinción de incendios y (g) en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo que ejecuten dicha labor.

Sin embargo, dicho decreto fue más lejos y en el artículo 6° también consagró el régimen de transición de los trabajadores de alto riesgo, cuya exequibilidad es controvertida en esta oportunidad. Dijo la norma, que quien al 28 de julio de 2003, - fecha de entrada en vigencia del decreto - hubiere cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendría derecho, una vez cumplido el mínimo número de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión - 1000 semanas, a que la pensión especial le sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo. En el parágrafo del artículo 6°, se dijo que cuando una persona se encontrara cubierta por el régimen de transición descrito, debía cumplir adicionalmente los requisitos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003.

Finalmente, el decreto acusado, dado que pretendía regular de manera unificada todos los regímenes especiales, derogó integralmente el artículo 168 del Decreto 407 de 1994 sobre el INPEC, y los Decretos 1281, 1835 y 1837 sobre los periodistas, y el artículo 5 del Decreto 691 de 1994 sobre los servidores públicos. También el Decreto 1388, el artículo 117 del Decreto 2150 de 1995 y el Decreto 1548 de 1998, desde el 23 de julio de 2003. Obviamente dicha derogación no implica la supresión de derechos, sino que es el instrumento técnico para señalar que hubo un cambio de régimen. No obstante, el nuevo régimen plantea problemas constitucionales, dado su objetivo de unificar las condiciones para acceder al régimen de transición para quienes en el pasado, por diferentes razones y en distintas normas, hubieren estado cobijados por un régimen especial debido a los riesgos asociados a la actividad que realizaron o están desplegando". (subrayas y negrillas propias)

Entonces, el Decreto 2090 de 2003 es en efecto un cambio de régimen de pensiones para actividades de alto riesgo, que incluyó un régimen de transición autónomo para proteger las expectativas legítimas de las personas que se vieran perjudicadas por el cambio descrito ocurrido en el año 2003. Tanto es así que el Decreto 2090 de 2003 deroga íntegramente el Decreto 1835 de 1994 y TODOS los regímenes de transición creados en éste.

El Consejo de Estado¹ ha dado la misma lectura al artículo 6° del Decreto 2090 de 2003, al comprender que en éste se consagra un nuevo régimen de transición para pensiones de alto riesgo, que es independiente y que no podría modificar el régimen de transición consagrado para cada actividad de alto riesgo en el Decreto 1835 de 1994.

La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en la Circular 015 de 2015 sobre las Reglas para el reconocimiento de la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo, al leer el artículo 6° del Decreto 2090 de 2003 indica:

"Régimen de transición (Art. 6°):

Los requisitos que deben acreditar aquellas personas que quieran pensionarse con los Decretos 1281 o 1835 de 1994, dependiendo de si se trata de trabajadores particulares o servidores públicos, respectivamente, son los siguientes:

A. 500 semanas de cotización especial a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003 (28/06/03) (o que sin ser especiales hayan sido cotizadas en actividades calificadas como "Alto Riesgo"). Por lo tanto, para cumplir con este requisito se deben acreditar 4668 semanas de cotización especial a partir de 1994 hasta 2003 y las 32 semanas restantes que completan las 500 semanas, se pueden acreditar con actividad de alto riesgo

1. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 12 de diciembre de 2006, Rad.

pero antes del año 1994, cuando no existía la exigencia de cotizar de forma adicional especial para alto riesgo.

B. Acreditar los requisitos del régimen de transición previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en el Acto Legislativo 01 de 2005, a la entrada en vigencia de esta normatividad.

C. Acreditar las semanas de cotización exigidas en el Sistema General de Pensiones (art. 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003) a partir del año 2015, 1300 semanas cotizadas.

Los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez por actividades en alto riesgo para los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 6° del Decreto 2090 de 2003, están contemplados, por regla general, en los Decretos 1281 y 1835 de 1994, dependiendo de si se trata de trabajadores particulares o servidores públicos, los cuales se pueden recopilar de la siguiente manera: (...)”

Así las cosas y con el objetivo de hacer evidente su contenido, se propone leer la norma demandada incorporando en la lectura el texto del artículo 36 de la Ley 100 al que remite el artículo 6° del Decreto 2090 de 2003, así:

Artículo 6°. Régimen de transición. Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.

Parágrafo. Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003 <<esto es, que al momento de entrar en vigencia el sistema general de pensiones (1 de abril de 1994) 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>>.

Ahora bien, los hombres que el 1 de abril de 1994 tenían 40 años, el 26 de julio de 2003 tenían 49 años 3 meses y 26 días de edad; y las mujeres que al 1 de abril de 1994 tenían 35 años de edad, el 26 de julio de 2003 tenían 44 años, 3 meses y 26 días de edad.

Luego, el artículo 6° del Decreto 2090 de 2003 crea un régimen de transición en el que solo están incluidas las personas que, además de tener 500 semanas especiales de cotización, tenían 49 años 3 meses y 26 días de edad si eran hombres y 44 años, 3 meses y 26 días de edad si eran mujeres, a la fecha de expedición del Decreto 2090 de 2003, esto es el 26 de julio de 2003.

En consecuencia, es correcto afirmar que de conformidad con el artículo 6° del Decreto 2090 de 2003, un trabajador que al 26 de julio de 2003 desempeñara actividades de alto riesgo podría pensionarse de conformidad con el régimen pensional de alto riesgo anterior (Decreto 1835 de 1994) si cumplía los siguientes requisitos:

a) Haber completado 500 semanas de cotización efectuadas en cualquier actividad que hubiere sido calificada jurídicamente como de alto riesgo (inciso primero del artículo 6 del Decreto 2090 de 2003 y Sentencia C-663/07)

Y

b) Haber tenido 35 años o más de edad si son mujeres, al 1 de abril de 1994 (artículo 36 de la Ley 100 de 1.993), es decir tener 44 años, 3 meses y 26 días de edad al momento de la expedición del Decreto 2090 de 2003 (23/07/2003).

c) Haber tenido 40 años o más de edad si son hombres, al 1 de abril de 1994 (artículo 36 de la Ley 100 de 1.993), es decir tener 49 años, 3 meses y 26 días de edad al momento de la expedición del Decreto 2090 de 2003 (23/07/2003)

d) O Haber cumplido 15 o más años de servicios al 1 de abril de 1994 (artículo 36 de la Ley 100 de 1.993).

Esta misma lectura del contenido normativo demandado ha sido adoptada por el Consejo de Estado, las administradoras del régimen de prima media y el Ministerio de la Protección Social.

En sentencia de 13 de febrero de 2014, la Sección Segunda del Consejo de Estado con ponencia del Dr. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN (Rad. 25000-23-25-000-2011-01267-01(0766-13)), decidió una acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por un controlador de tránsito aéreo contra la resolución proferida por Cajanal EICE en Liquidación mediante la cual se le negó el reconocimiento de una pensión especial de vejez para actividades de alto riesgo, debido a que si bien cumplía el requisito de 500 semanas de cotización especial anteriores a la emisión del Decreto 2090 de 2003, no cumplía con el requisito de edad establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para acceder al régimen de transición, esto es haber tenido 40 años de edad al 1 de abril de 1994.

En esta providencia el H. Consejo de Estado expresó:

"Así las cosas, para la fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003 (28 de julio de 2003), el demandante había cotizado, aproximadamente, 758 semanas en ejercicio de una actividad calificada como de alto riesgo [4], en consecuencia, cumplió con el primero de los requisitos consagrados en el artículo 6° ibidem.

Empero, el parágrafo de esta misma norma determinó con suficiente claridad, que este derecho sólo podrá ejercerse por quienes estando cobijados por el régimen de transición del Decreto 2090 de 2003, cumplieran en adición a los requisitos especiales en él señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003.

Es decir, esta disposición contiene un régimen de transición, con unas exigencias especiales cuya efectividad está supeditada al cumplimiento de los requisitos establecidos en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, que al momento de su entrada en vigencia (1° de abril de 1994), estas personas tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados.

Así las cosas, para que una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003, la pensión sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo, la norma no plantea como opción, el cumplir con los requisitos establecidos en uno u otro régimen; por el contrario, indiscutiblemente, exige que una vez satisfechos los correspondientes al régimen del artículo 6° del Decreto 2090 de 2003, también lo sean los consagrados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; dicho en otras palabras, impone el cumplimiento de todos ellos, en conjunto.

Esta adición entre los requisitos especiales del régimen de transición del artículo 6° del Decreto 2090 de 2003 y los consagrados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no es excluyente, pues en efecto, de este precepto se desprenden diferentes hipótesis que hacen posible el cumplimiento de sendos requisitos, así:

Tendrán derecho a que una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003, para acceder a la pensión, ésta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo, aquellas personas que:

a. i.) A la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tuvieran 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres y, ii.) A la fecha en que entró en vigencia el Decreto 2090 de 2003 (28 de julio de 2003), hubieran completado 500 semanas de cotización especial;

b. i.) A la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tuvieran 15 años de servicio y ii.) A la fecha en que entró en vigencia el Decreto 2090 de 2003 (28 de julio

de 2003) completaran 500 semanas de cotización especial". (subrayas propias)

Acto seguido el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa indica que la norma no admite interpretaciones diferentes a la transcrita en precedencia, así:

"En consecuencia, la norma que consagra el régimen de transición cuya aplicación deprecia el demandante, no admite interpretaciones diferentes a la aquí plasmada y per se, no resulta contraria al principio de favorabilidad, pues como en reiteradas oportunidades lo ha dicho la Corte Constitucional, éste opera bajo las siguientes condiciones:

"El principio de favorabilidad en materia laboral, consagrado en los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, consiste en la obligación de todo servidor público de optar por la situación más favorable al empleado, en caso de duda en la aplicación e interpretación jurídicas.

El principio apunta a superar controversias respecto de la aplicación de dos normas y cuando un precepto, admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, "la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones..." [20]

Profundizando en el último escenario propuesto, cuando una norma admite varias interpretaciones, ha expuesto esta Corte que para la aplicación de la favorabilidad deben presentarse, además, dos elementos, a saber: (i) la duda seria y objetiva ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, ello, en función de la razonabilidad argumentativa y solidez jurídica de una u otra interpretación; y, (ii) la efectiva concurrencia de las interpretaciones en juego para el caso concreto, es decir, que sean aplicables a los supuestos fácticos concretos de las disposiciones normativas en conflicto[21]." [5]

Así las cosas, al tenor de las razones consignadas, la norma en comento es lo suficientemente clara, no ofrece duda y se reitera, en su contenido, evidentemente, no concurren dos interpretaciones, pues la sugerida por la parte actora resultaría abiertamente contraria a esta disposición, al escindir su contenido del párrafo que la complementa y darle un alcance que no tiene.

Aclarado lo anterior, según se desprende del acervo probatorio obrante en el expediente, el señor Daza Ospina nació el 28 de agosto de 1964 [6], en consecuencia, para la fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), sólo contaba con 29 años, 7 meses y 4 días de edad y tan sólo 5 años, 5 meses y 5 días de servicio acreditados [7].

Par lo tanto, como bien lo expuso el a quo, si bien el demandante demostró que para la fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003 (28 de julio de 2003), había cotizado aproximadamente 758 semanas en ejercicio de una actividad calificada como de alto riesgo, no cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, situación que se reitera, debía ser satisfecha por el demandante en adición a la primera de las condiciones, para así tener derecho a la pensión, una vez acreditara el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003".

En el mismo sentido, la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social, mediante concepto 267368 de 6 de septiembre de 2011 indicó:

"Sin embargo, en la legislación se suelen establecer Regímenes de Transición. Esta es una garantía que busca salvaguardar expectativas legítimas de los afiliados, contrario sensu no derechos adquiridos, a fin de que la modificación de las condiciones normativas vigentes no tenga un impacto negativo excesivo. Los regímenes de transición según lo ha fijado la Corte Constitucional pueden ser modificados pero bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, etc. [4] (4)

El Decreto 2090 de 2003, lo reglamenta de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 6º. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.

PARÁGRAFO. Para poder ejercerlos derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificada por el Artículo 18 de la Ley 797 de 2003."

Ahora bien, para que fuere aplicable esta norma y poder acceder a las normas anteriores que reglamentaban la pensión de alto riesgo, deberían cumplirse las siguientes condiciones:

1. El requisito de 500 semanas de cotización fue declarado parcialmente inexecutable por la Sentencia C-663 de 2007 en el entendido que para el cómputo de las 500 semanas, también se podrán acreditar semanas de cotización efectuadas en cualquier actividad que hubiere sido calificada jurídicamente como de alto riesgo (y no sólo las cotizaciones de carácter "especial" derivadas del Decreto 1281 de 1994).

Por tanto deberán acreditarse 500 semanas al 28 de Julio de 2003, de conformidad con el Artículo 6º del Decreto 2090 de 2003, pero dentro de estas, podrán computarse no solo las cotizaciones especiales que debían ser realizados de acuerdo al Decreto 1281 de 1994 (23-06-1994), sino aquellas que con anterioridad a este decreto hubieren sido realizadas en la actividad de alto riesgo.

Se debe acreditar el número mínimo de semanas establecido en el Artículo 9º del Decreto 797 de 2003, que para el año 2011 son 1200.

Se deben cumplir las condiciones generales del régimen de transición señaladas por el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Pero se debe aclarar que el Artículo 18 de la Ley 797 de 2003, ha dejado de tener vigencia en virtud de la declaratoria de inexecutable de la misma en la sentencia C-1056 de 2003, por lo que la referencia a la citada norma se dirige al Artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en su forma original. [5] (5)

Sobre el efecto de la inexecutable la Corte Constitucional ha aclarado, por ejemplo en el Auto 126/04: "La Corte ha sostenido, en términos generales, que si una norma B que derogaba la norma A es declarada inexecutable, se restauran ipso iure los efectos jurídicos de la norma A. Así, la sentencia C-055 de 1996 indicó "que la decisión de inexecutable es diversa de una derogación, y por ello puede implicar el restablecimiento ipso iure de las disposiciones derogadas por la norma declarada inconstitucional", toda vez que "como la norma derogatoria no era válida, por estar en contradicción con la Carta, entonces es perfectamente lógico expulsarla del ordenamiento, por ministerio de la inexecutable, de forma tal que puedan revivirlas disposiciones derogadas."

En consecuencia, como se indicó la norma se remite a las condiciones generales establecidas en la Ley 100 de 1993, que en su Artículo 36, exige haber tenido 35 (mujer) o 40 (hombre) años de edad o 15 años de cotización al 1º de Abril de 1994. Respecto a este requisito no se pronunciaron las sentencias C-663 de 2007 o C-922 de 2007, por lo que la norma no ha sufrido modificación y en consecuencia sigue produciendo efectos y es de obligatorio cumplimiento.

En este último punto se resalta que ya desde la vigencia del Decreto 1835 de 1994, se exigía, para acceder al régimen transición además de estar vinculado al 31 de Diciembre de 1993 y desempeñar un cargo de alto riesgo, tener 35 (mujer) o 40 (hombre) años de edad o 10 años de cotización al 1º de Abril de 1994.

Por ende, este último requisito se encuentra vigente, sin que puede asegurarse que se desconoce la actividad riesgosa que se ejecuta por parte de los trabajadores toda vez que el Decreto 2090 de 2003, como indicamos más arriba (numeral 2) establece un régimen especial, más favorable a las condiciones del Sistema de Pensional, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida establecidas en el Artículo 33 de la Ley 100 de 1993, especialmente en cuanto a la edad.

Finalmente es de señalar que, efectivamente el Artículo 53 de la Constitución Política manifiesta que uno de los principios del <sic> la Ley laboral será la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho. En el mismo orden de ideas obra el Artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo. Sobre esto, en Sentencia de septiembre 4 de 1992, dijo la Corte Suprema de Justicia: "Aplicación del Principio de Fuvorabilidad en la interpretación de las normas laborales. La que deberá resolverse de manera que produzca los efectos más favorables al trabajador será aquella respecto del entendimiento o inteligencia de la norma jurídica que resulte de las diferentes interpretaciones que el juzgador encuentre lógicamente posibles y razonablemente aplicables al caso, pero no la que, para un propósito determinado se le pueda presentar a alguna de las partes comprometidas o a los interesados en el resultado del proceso." (Sentencia septiembre 4/92, radicación No. 3929. Sala de Casación Laboral Sección Segunda).

En el presente caso, lamentablemente no existe duda respecto a la interpretación del texto del Decreto 2090 de 2003, toda vez que el mismo exige taxativamente cumplir las exigencias del Artículo 36 ibídem".

Así las cosas, está probado que a nivel jurisprudencial y administrativo la norma demandada no ha admitido hasta ahora interpretación diferente a la expresada en este acápite, esto es que además de cumplir con el requisito de cotización especial, las personas que pretendan acceder al régimen de transición consagrado en el artículo 6 del Decreto 2090 de 2003 deben cumplir uno de los tres requisitos consagrados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir tener 35 años de edad sin son mujeres o 40 si son hombres al 1 de abril de 1994 o 15 años de servicios a la misma fecha.

2. NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS

El contenido normativo acusado viola el principio de progresividad consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política y el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC integrado al Bloque de Constitucionalidad.

2.1 La norma acusada contraviene el mandato de progresividad contenido en el artículo 48 de la Constitución Política, y en el Bloque de constitucionalidad. Violación del principio de progresividad y proporcionalidad. Afectación desproporcionada de expectativas legítimas.

El artículo 48 de la Constitución Política contiene un mandato de ampliación progresiva del sistema de seguridad social así: "El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social..." (subrayas propias). En el mismo sentido, el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC (que hace parte del Bloque de Constitucionalidad) contiene un mandato de realización progresiva de este tipo de derechos al señalar: "Artículo 2. 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos". (Subrayas propias)

La Corte Constitucional ha reconocido que el principio de progresividad y la consecuente prohibición de regresión, dan lugar a una presunción de inconstitucionalidad de todas las reformas que aumenten los requisitos para acceder a pensiones de invalidez, vejez o

sobrevivientes². Sin embargo, ha admitido la posibilidad de que el sistema pensional sea reformado en esos términos, siempre que se demuestre que ello persigue la ampliación de la cobertura, el logro del principio de universalidad o incluso el equilibrio financiero del sistema.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-228 de 2011 al revisar el desarrollo jurisprudencial del principio de progresividad en materia de pensiones, reconoció que el precedente consuetudinario desarrollado a partir de la sentencia C-789 de 2002 admite que, se puede matizar la regla de que solo se debe aplicar el principio de no regresividad en materia de pensiones cuando se trata de derechos adquiridos y no de meras expectativas, y estableció la figura de las “expectativas legítimas”, concepto que se refiere a que en determinados casos se puede aplicar el principio de no regresividad a las aspiraciones pensionales de los trabajadores cuando se trata de un cambio de legislación abrupto que lleve a que se vulnere el derecho al trabajo de manera desproporcionada e irrazonable.

La Corte ha reconocido que los regímenes de transición pensional son el mecanismo idóneo para garantizar el principio de progresividad a aquellas personas que, por estar cerca de adquirir su derecho a la pensión, se ven afectadas por un cambio legislativo que incrementa las condiciones para causar el derecho a la pensión. En la sentencia C-663 de 2007 la Corte estableció que:

“...los regímenes de transición en el ámbito pensional han sido entendidos como mecanismos de protección previstos por el legislador, mediante los cuales se pretende que los cambios introducidos por una reforma normativa no afecten excesivamente a quienes tienen una expectativa próxima de adquirir un derecho, por estar cerca del cumplimiento de los requisitos necesarios para acceder a él, en el momento del cambio legislativo³.

La consagración de tales regímenes, le permite al legislador ir más allá de la protección de los derechos adquiridos de las personas, para salvaguardar incluso 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, lo que corresponde a una plausible política social que en lugar de violar la Constitución, se adecua al artículo 25 [de la Carta] que ordena dar especial protección al trabajo⁴.”

Los regímenes de transición, en consecuencia, (i) recaen sobre expectativas legítimas de los asociados y no sobre derechos adquiridos; (ii) su fundamento es el de salvaguardar las aspiraciones de quienes están cerca de acceder a un derecho específico de conformidad con el régimen anterior y (iii) su propósito es el de evitar que la subrogación, derogación o modificación del régimen anterior, impacte excesivamente las aspiraciones válidas de los asociados, especialmente si existe la posibilidad de minimizar esa incidencia y de armonizar las expectativas ciudadanas y los cambios legislativos a través de un régimen de transición” (subrayas propias)

Igualmente, la sentencia C-663 de 2007 define la expectativa legítima como *“una probabilidad cierta de consolidación futura del correspondiente derecho, si se mantienen las condiciones establecidas en una ley determinada. Tales expectativas pueden ser modificadas por el legislador, en virtud de sus competencias, si ello se requiere para cumplir fines constitucionales, pero no pueden ser modificadas de una manera arbitraria en contraposición a la confianza legítima de los ciudadanos”*.

2 Ver las sentencias C-251 de 1997, SU- 624 de 1999, C-1165 y 1489 de 2000 y C-671 de 2002, C-038 de 2004 y C-228 de 2011, entre otras.

3 Se cita la Sentencia C- 789/02 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

4 Se cita la Sentencia C-168 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Igualmente se cita la sentencia C-613 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz en la cual se dijo expresamente que: *“...el régimen de transición no constituye un derecho adquirido o algo porvenir, sino la expectativa legítima que tiene una persona de acceder a una pensión de vejez con los requisitos previstos en él, sin que ello implique renuncia del legislador a modificar las condiciones y requisitos en la forma como se otorga una pensión, en razón a que el legislador con fundamento en su libertad de configuración normativa frente al tema de los requisitos pensionales, no está obligado a mantener en el tiempo las expectativas que tienen las personas conforme a las leyes vigentes en un*

Así las cosas, el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre el principio de progresividad y la protección de expectativas legítimas en modificaciones de los regímenes pensionales, permite afirmar que un régimen de transición que excluye a personas con expectativas legítimas de la posibilidad de alcanzar su pensión conforme al régimen anterior, es contrario al artículo 48 superior y al artículo 2.1 del PIDESC (bloque de constitucionalidad).

En el caso que nos ocupa, acusamos la norma demandada de violar los mandatos superiores referidos, al consagrar un requisito de edad excesivo e irrazonable al personal que ejerce cargos de alto riesgo en la aeronáutica civil, para acceder al régimen de transición del Decreto 2090 de 2003.

Previo a la demostración efectiva del cargo, resumimos brevemente los requisitos para el acceso a la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo del personal de la aeronáutica civil en los regímenes pensionales más próximos a la actualidad:

Régimen	Beneficiarios	Tiempo de servicios	Edad	Monto	Factores
Ley 7 de 1961	Radioperadores, Técnicos de Radio y Electricidad, Controladores Aéreos y Oficiales de Meteorología.	20 años en cargos de excepción	Sin edad	75% del promedio devengado en el último año de servicios	Decreto 1045 de 1978 o Ley 62 de 1985 dependiendo de la fecha del estatus pensional.
Decreto 1835 de 1994	Técnicos Aeronáuticos con funciones de controlador aéreo y Técnicos Aeronáuticos con funciones de radioperador.	Opción A: 1.000 semanas de las cuales por lo menos 500 sean de cotización especial en cargos de riesgo	Opción A: 55 años (1 año menos por cada 60 semanas adicionales de cotización especial hasta los 50 años)	75%	1 año - Factores Dec. 1158 de 1994.
		Opción B: 1000 semanas de cotización especial en cargos de riesgo	Opción B: 45 años	75%	1 año - Factores Dec. 1158 de 1994.
Decreto 2090 de 2003.	Técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la UAEAC	El total de semanas del régimen general, de las cuales por lo menos 700 semanas correspondan a cotizaciones especiales por actividades de alto riesgo.	55 años, 1 año menos por cada 60 semanas adicionales hasta los 50 años.	Art. 34 de Ley 100/1993. Fórmula decreciente a partir del 2005.	Decreto 1158 de 1994.

Tal como se demostró en el literal a) del numeral 1., de este escrito, el alcance de la norma demandada implica que además de las 500 semanas de cotización especial, los funcionarios que pretendan acceder al régimen de transición del Decreto 2090 de 2003, para pensionarse según el régimen establecido en el Decreto 1835 de 1994, deberían cumplir el requisito de edad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir:

- a) Que los hombres al 1 de abril de 1994 hubieran cumplido 40 años, es decir que el 26 de julio de 2003 tuvieran 49 años 3 meses y 26 días de edad;
- b) Que las mujeres hubieran cumplido 35 años de edad al 1 de abril de 1994, es decir que el 26 de julio de 2003 tuvieran 44 años, 3 meses y 26 días de edad.

Así, el hecho de que para acceder a la garantía de la progresividad de sus derechos a través del régimen de transición consagrado en el artículo 6° del Decreto 2090 de 2003, se exija al personal que ejerce cargos de alto riesgo en la aeronáutica civil que, además de tener la mitad del tiempo de servicios necesario para pensionarse conforme al régimen especial, los hombres hayan completado 49 años, 3 meses y 26 días de edad – es decir el 89.67% del requisito de edad para pensionarse según el régimen anterior si escogieran la opción A del Decreto 1835 de 1994 - y las mujeres 44 años, 3 meses y 26 días de edad – es decir el 80.58% del requisito de edad para pensionarse según el régimen anterior si escogieran la opción A del Decreto 1835 de 1994- implica la violación del principio de progresividad y de las expectativas legítimas de aquellas personas que, teniendo la mitad del tiempo de servicios necesario para pensionarse, habían completado ya el 75% de la edad exigida para acceder a la pensión especial de vejez en los términos del Decreto 1835 de 1994.

Con el objetivo de cumplir los requisitos definidos por la Corte para aplicar el “test de no regresividad”⁵, a continuación demostraremos por qué la restricción adoptada en la norma demandada para acceder al régimen de transición, es irrazonable y desproporcionada:

- 1) **Razonabilidad:** El requisito consagrado en la norma demandada es irrazonable porque excluye las expectativas legítimas de personas que ya habían cumplido el 75% del requisito de edad para pensionarse conforme al régimen especial de pensiones de alto riesgo que les era aplicable al momento de expedición del Decreto 2090 de 2003, acudiendo a un criterio de edad que se fijó 9 años atrás con base en la expectativa de vida de las personas que desempeñaban trabajos que no están en la categoría de alto riesgo.

Es ineludible admitir desde esta misma instancia que ninguna norma constitucional o legal establece un criterio cuantitativo exacto para definir qué porcentaje de cumplimiento de los requisitos para pensionarse debe considerarse como una expectativa legítima. De manera que no se encontrará en el texto constitucional o las normas que integran el bloque de constitucionalidad una norma del tipo: *se considera que alguien que haya completado x% del requisito de edad para acceder a una pensión, goza de una expectativa legítima.*

Asimismo, hay que señalar que a la fecha la Corte Constitucional no ha resuelto un juicio de constitucionalidad en el que se reproche el criterio usado por el Legislador para definir una condición específica de acceso a un régimen de transición pensional, salvo el propuesto en la Sentencia C-663 de 2007 en el cual se juzgó la razonabilidad del requisito de tiempo de servicios, por su manifiesta imposibilidad material de cumplimiento.

No obstante, existen dos circunstancias en las que el constituyente y la Corte Constitucional han juzgado razonable proteger no a través de la incorporación al régimen de transición, sino mediante su permanencia en este- las expectativas legítimas de las personas que hubieran completado el 75% del tiempo de servicios o semanas de cotización necesarias para pensionarse según el régimen anterior:

- a) El párrafo transitorio 4° del acto legislativo 01 de 2005, mediante el cual se modificó el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, estableció que las personas que estando en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, hubieran cumplido 750 semanas de servicios o de cotización a la fecha de emisión del acto legislativo, es decir el 75% del requisito de tiempo de servicios anterior a Ley 100 para acceder a la pensión, podrían conservar el régimen de transición pensional que protegía su expectativa legítima de pensionarse conforme al régimen anterior.

- b) En el mismo sentido, en la sentencia C-789 de 2002, al decidir sobre la exequibilidad del inciso 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la Corte estableció que la interpretación más ajustada a la Constitución era aquella según la cual, las personas que tuvieran derecho al régimen de transición por haber completado 15 años de servicio a la

entrada en vigencia del SGSS y que se hubieren trasladado al régimen de ahorro individual y hubieran retornado al de prima media, tendrían derecho a conservar el régimen de transición, toda vez que:

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

Así las cosas, aunque a la fecha no existe precedente jurisprudencial que delimite un criterio cuantitativo para definir si un requisito de edad para acceder al régimen de transición es proporcional y razonable, el precedente constitucional sí ha indicado que si bien el Legislador tiene libertad para ajustar el derecho a las realidades materiales, esto no implica que en el proceso de cambio normativo el legislador carezca de limitaciones constitucionales en materia de igualdad, respeto a los derechos adquiridos por leyes preexistentes y otros principios constitucionales⁶. En el caso de las personas que desempeñan actividades de alto riesgo, el principio de igualdad impone un trato diferenciado en materia pensional, como consecuencia del desgaste anormal que sufren estas personas por los altos niveles de riesgo físico, emocional y familiar que enfrentan por causa del trabajo que desarrollan.

Así, una mirada rápida a la norma demandada podría generar un juicio preliminar en el cual un requisito de 49 años de edad para los hombres y 44 para las mujeres, para acceder al régimen de transición pareciera perfectamente proporcional y razonable si se tiene en cuenta la media de la expectativa de vida probable de la población colombiana, o las edades exigidas para el reconocimiento de la pensión en el RPM o la garantía de pensión mínima en el RAIS.

Sin embargo, el juicio de razonabilidad de la norma demandada debe atender a las condiciones especiales que caracterizan el régimen de pensiones de alto riesgo. La Corte Constitucional ha reconocido que el régimen consagrado en el Decreto 2090 de 2003, fue diseñado para amparar el riesgo de vejez que corren los trabajadores afiliados al régimen de prima media con prestación definida que ejercen permanentemente una labor que, por la peligrosidad que le es inherente, e independientemente de las condiciones en las que se ejecute, les ocasiona un desgaste orgánico prematuro, reduciendo su expectativa de vida saludable, u obligándolos a retirarse de las funciones laborales que desempeñan⁷ (subrayas propias).

En la sentencia T-315 de 2015 al caracterizar el régimen pensional de los trabajadores que desempeñan actividades de alto riesgo, la Corte Constitucional indicó que *la disminución del requisito de la edad para acceder a la pensión constituye la principal característica y el principal beneficio que ofrece el régimen especial para los trabajadores de alto riesgo pues, en aras de protegerlos, les acorta el tiempo que están expuestos a condiciones laborales adversas y lesivas para su salud, permitiéndoles pensionarse antes que el resto de la población.*

De manera que la edad es un criterio de distinción trascendental en la definición del acceso a una pensión por parte de las personas que desempeñan actividades de alto riesgo, y su fijación no puede hacerse conforme a las reglas aplicables a la generalidad de las personas que prestan servicios en actividades ordinarias, que no están expuestas a condiciones laborales adversas que reducen su expectativa de vida saludable. Y si por las condiciones especiales de la actividad desarrollada el requisito de edad para acceder a la pensión de vejez debe ser menor respecto del requisito del régimen ordinario, es irrazonable aplicar un

criterio de edad igual o incluso superior al del régimen general para acceder al régimen de transición en pensiones de alto riesgo.

En el caso que nos ocupa, la fijación del criterio de edad para acceder al régimen de transición consagrado en el artículo 6° del Decreto 2090 de 2003 desconoció la especialidad del régimen reglamentado, en particular en lo que respecta a la edad como criterio distintivo del esquema de protección de los trabajadores que desempeñan actividades de alto riesgo, y fijó el requisito de acceso al régimen de transición remitiendo al criterio fijado 9 años antes en el régimen general de pensiones para acceder a la transición pensional de este mismo régimen general.

Un defensor de la norma demandada podría argüir que el mismo criterio fue utilizado para definir el acceso al régimen de transición consagrado para cada actividad en el Decreto 1835 de 1994. A este argumento bastaría oponer el hecho de que en el año 1994, imponer una condición al régimen de transición para que solo pudieran acceder a este las mujeres que en 1994 tenían 35 años de edad y los hombres que en ese mismo año tenían 40, resultaba razonable en tanto la fijación del requisito atendía a las condiciones específicas del momento del tránsito legislativo y de hecho generaba un amplio margen de protección⁸.

No ocurre lo mismo cuando ese mismo criterio se aplica inmodificado 9 años después a trabajadores que desempeñan actividades de alto riesgo pues aunque la redacción de la norma demandada genera una primera impresión de que se está exigiendo el mismo requisito de edad, lo cierto es que el criterio para acceder a este régimen de transición es considerablemente más gravoso que el fijado en 1994 para el régimen general de pensiones. Lo anterior, en razón a que ahora, en lugar de exigir 35 años de edad para las mujeres, se requieren 44 años, 3 meses y 26 días para que una mujer acceda a la transición; y en lugar de exigir 40 años de edad para los hombres, se les impone la condición de contar con 49 años de edad, 3 meses y 26 días para que su expectativa de pensión sea susceptible de protección frente al tránsito legislativo.

Ahora bien, evidentemente la población incluida en el régimen de transición contemplado en la norma demandada tiene en efecto una expectativa legítima para pensionarse conforme al régimen anterior, pues los hombres están cerca de tener el 90% de la edad exigida en el régimen anterior, y las mujeres están próximas a tener el 82% de la edad. El reproche aquí se suscita porque hay una población que, estando próxima a pensionarse ha sido descartada del régimen de transición sin razón aparente. Estas son las personas que, además de tener el 50% del tiempo de cotización necesario para acceder a la pensión especial de vejez, han completado edades que corresponden al rango del 75% al 80% de la edad para pensionarse en el caso de las mujeres, y del 75% al 89% de la edad para pensionarse en el caso de los hombres.

La desproporción e irrazonabilidad de la norma demandada se hace evidente si de hecho se propone para su análisis el caso extremo de un hombre nacido en 1960 que, habiendo iniciado sus servicios en la Aeronáutica Civil a los 27 años de edad en el año 1987, en el 2003 hubiere completado 16 años de servicios ininterrumpidos en la actividad de alto riesgo (equivalentes a 800 semanas de cotización en actividades de alto riesgo), de manera que en el año de cambio de su régimen pensional (2003) le faltaren solo 2 años de servicios especiales, y 2 años de edad para pensionarse en la modalidad B del Decreto 1835 de 1994; o bien le faltaren solo 7 años de edad y 2 de servicios ordinarios para pensionarse en la modalidad A del Decreto 1835 de 1994.

8 Nótese que antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, no había un régimen pensional que exigiera a las mujeres más de 55 años de edad para el reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación o de vejez, de manera que al consagrar un régimen de transición para las mujeres que al momento del tránsito normativo tuvieran 35 años de edad, el Legislador reconoció que una mujer que hubiere alcanzado el 63% de la edad máxima para pensionarse tenía una expectativa legítima susceptible de protección a través del régimen de transición. Lo mismo ocurría con los hombres, que en incluso en los regímenes pensionales más exigentes existentes antes de la emisión de la Ley 100 de 1993, se pensionaban a los 60 años de edad, de manera que quien tuviera 40 años de edad al momento del cambio normativo había cumplido el 66% del requisito

En este caso, pese a que el trabajador propuesto como ejemplo ha cumplido ya el 80% del requisito de tiempo de servicios y el 95% del requisito de edad para pensionarse en la modalidad B del Decreto 1835 de 1994; o ha cumplido el 80% del tiempo de servicios y el 86% del requisito de edad para pensionarse en la modalidad A del Decreto 1835 de 1994 (en el entendido que las 300 semanas adicionales de cotización le permiten reducir la edad de pensión a 50 años), a la luz de la norma demandada su expectativa de pensionarse no es una expectativa legítima susceptible de protección toda vez que para ser considerada legítima, el legislador le exige tener 49 años de edad al momento de expedición del Decreto 2090 de 2003, es decir haber superado en 4 años la edad que se le exigía en la opción B para pensionarse, o que le falte únicamente 1 año para pensionarse según la opción A, teniendo en cuenta que las 300 semanas adicionales de cotización especial le permitirían reducir la edad de pensión a 50 años.

Así, pueden proponerse infinidad de ejemplos de personas que habiendo completado la mitad o más del tiempo de servicios exigido y habiendo superado el umbral del 75% de la edad que se les exigía para pensionarse según el régimen pensional que les era aplicable al 26 de julio de 2003, son excluidas del régimen de transición por la norma demandada.

Ahora ¿por qué el 75% es un criterio válido para hacer un juicio de constitucionalidad sobre la proporcionalidad de la regla de acceso al régimen de transición por edad?

Como se admitió desde un inicio, el criterio propuesto para el juicio de constitucionalidad no obedece a una regla formal ni a una subregla definida jurisprudencialmente. Sin embargo, es razonable pensar que cuando una persona ha completado la mitad o más del tiempo de servicios/cotizaciones en la actividad de alto riesgo que le exige la ley para pensionarse, y las tres cuartas partes, es decir el 75%, de la edad que la misma ley le exige para acceder a su pensión de vejez, el principio de confianza legítima indica que tiene una expectativa real de acceder al derecho que le ha sido *prometido* por el ordenamiento jurídico -si se permite la expresión-. Esta persona no está a mitad de camino para consolidar su derecho pensional, ni está en la mitad de su vida productiva, sino todo lo contrario: está en el último cuarto de su vida laboral saludable, que de hecho es menor que la del común de la población debido al alto riesgo de la actividad que desempeña.

Podría ser que la Corte concluyera que el 75% aquí propuesto no es un criterio válido para juzgar la razonabilidad y por lo mismo la constitucionalidad de la norma demandada. Pero eso no impide adelantar el juicio de constitucionalidad, pues en estricto sentido no corresponde a la Corte fijar el criterio que debe regir para acceder al régimen de transición, sino únicamente establecer si el criterio definido por el Legislador, aquí demandado se ajusta o no a los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad que componen el juicio de constitucionalidad.

2) **Proporcionalidad:** El requisito introducido en el párrafo del artículo 6 del Decreto 2090 del 2003 es desproporcionado en la medida en que reconoce que impone la condición más gravosa al trabajador para lograr un fin que podría alcanzarse por otros mecanismos.

El precedente constitucional ha definido el test de proporcionalidad a través de tres preguntas esenciales: a) ¿la medida persigue un fin constitucionalmente válido? b) ¿El medio utilizado para alcanzar el fin está permitido constitucionalmente, es adecuado y necesario? Y c) ¿el logro alcanzado a través de la medida es mayor que el costo que esta genera en términos de derechos?

Abordaré cada pregunta en el orden que el precedente constitucional le ha dado.

a. ¿la medida persigue un fin constitucionalmente válido?

Las facultades concedidas por el Legislador en el numeral 2 del artículo 17 de la Ley 797 de 2003 señalan expresamente los límites que debe observar el ejecutivo para modificar el régimen pensional de alto riesgo así:

"Artículo 17. Facultades extraordinarias. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, revístese por seis (6) meses al Presidente de la República de facultades extraordinarias para:

(...)

2. Expedir o modificar las normas relacionadas con el régimen legal para los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo y en particular para modificar y dictar las normas sobre las condiciones, requisitos y beneficios, incluyendo la definición de alto riesgo, conforme a estudios y criterios actuariales de medición de disminución de expectativa de vida saludable y ajustar las tasas de cotización hasta en 10 puntos, siempre a cargo del empleador, con el objeto de preservar el equilibrio financiero del sistema."(Subrayas propias)

Según la norma transcrita, el propósito que debía inspirar al ejecutivo al ejercer las funciones de Legislador extraordinario en la expedición del régimen pensional para las actividades de alto riesgo, era la conservación del equilibrio financiero del sistema, que fue reconocido posteriormente como un fin del Estado en materia de seguridad social en el acto legislativo 01 de 2005. En consecuencia, podría asumirse que todas las normas incluidas en el Decreto 2090 de 2003 persiguen ese propósito, que por efecto de la reforma constitucional del año 2005, es un fin constitucionalmente válido.

b) ¿El medio utilizado para alcanzar el fin está permitido constitucionalmente, es adecuado y necesario?

Sin embargo, aunque el fin perseguido es válido a la luz de la Carta Política, el medio escogido para el efecto, es decir la exclusión del régimen de transición de las personas a las que les faltaba únicamente el 25% de la edad para acceder a la pensión atenta, como se explicó en el numeral anterior, contra el principio de progresividad establecido en la constitución y es inadecuado por cuanto no obedece a un criterio razonable que atienda a las expectativas de vida saludable de las personas que desempeñan actividades de alto riesgo y que permita distinguir quién tiene o no la expectativa legítima de pensionarse conforme al régimen pensional anterior para actividades de alto riesgo.

Nótese que al conceder facultades especiales al gobierno para legislar sobre el régimen pensional de las actividades de alto riesgo, la ley 797 de 2003 exige que las modificaciones a introducir a este régimen pensional (que incluye el régimen de transición) se supediten a estudios y criterios actuariales de medición de disminución de vida saludable que, evidentemente deben ser consistentes con la situación de las personas que desempeñaban actividades de alto riesgo al momento de tránsito legislativo.

En el caso que nos ocupa, la medida demandada no solo no atendió a estos criterios particulares, sino que impuso una condición más gravosa para las personas que desempeñaban actividades de alto riesgo que la requerida incluso a las personas pertenecientes al régimen ordinario de pensión de vejez en el año 1993, porque a estos últimos les exigió 35 años de edad si eran mujeres o 40 si eran hombres para tener por legítimas sus expectativas de pensionarse con el régimen anterior, mientras que a los primeros les exigió 44 años, 3 meses y 26 días de edad si eran mujeres, y 49 años, 3 meses y 26 días de edad si eran hombres para tener por legítimas sus expectativas de pensionarse con el régimen anterior.

La norma demandada no atiende el criterio descrito y por lo mismo es inadecuada, pues define las expectativas legítimas susceptibles de protección mediante el régimen de transición, aplicando un criterio que era pertinente 10 años antes de expedirse el nuevo régimen pensional de alto riesgo y que no se basa en ningún estudio o criterio actuarial de medición sobre la expectativa de vida saludable de las personas que tenían 500 semanas de servicios en cargos de alto riesgo al momento del cambio legislativo.

Ningún régimen de transición pensional establecido hasta ahora ha sido tan drástico para limitar las expectativas legítimas de las personas afectadas con una reforma pensional, como el contenido en la norma acusada. De hecho, en general los regímenes de transición contenidos en la Ley 100 de 1993, la Ley 33 de 1985 y otras reformas pensionales significativas, han garantizado las expectativas legítimas a través de un régimen de transición a personas que tenían el 60% de la edad para pensionarse, y en todo caso, han garantizado las expectativas legítimas a través de un régimen de transición a personas que tenían el 75% del tiempo de servicios requerido para acceder a su pensión de vejez.

Es evidente que el Gobierno no se basó en ningún estudio o cálculo actuarial actualizado al año 2003, al acudir un criterio legal fijado 10 años antes (en la ley 100 de 1993) para definir quién tenía y quién no tenía una expectativa legítima para pensionarse en el momento en que se modificó el régimen pensional para actividades de alto riesgo a través del Decreto 2090 de 2003.

Finalmente, la medida adoptada en la norma demandada es innecesaria por cuanto la conservación del equilibrio financiero del sistema pensional, no requiere el desconocimiento de las expectativas legítimas de los trabajadores que desempeñan actividades de alto riesgo. No existe dentro de las consideraciones del Decreto 2090 de 2003, una sola alusión a la necesidad de limitación de esta población por razones de sostenibilidad fiscal o financiera del sistema.

c) ¿el logro alcanzado a través de la medida es mayor que el costo que esta genera en términos de derechos?

Como se sabe, la sostenibilidad financiera del sistema pensional se alcanza a través de la combinación de varias medidas como, el incremento de la cotización, el fortalecimiento del empleo formal, la extensión del tiempo de servicios, el ajuste de la edad de retiro o de acceso a la pensión de vejez a las variaciones de las tablas de expectativa de vida, la reducción del costo de las prestaciones a reconocer, la flexibilización de las inversiones permitidas con recursos de la seguridad social, etc.

En este caso, el Legislador concedió al Gobierno amplias facultades para modificar el régimen de pensiones de alto riesgo, indicándole desde un inicio la posibilidad de aumentar la tasa de cotización hasta en 10 puntos a cargo del empleador. El Gobierno, en ejercicio de esas facultades no solo aumentó la tasa de cotización, sino que hizo uso de las demás medidas posibles para reducir el impacto de estas pensiones en la sostenibilidad financiera del sistema, aumentando el número de semanas de cotización no sólo generales sino en actividades de alto riesgo para reconocer la pensión especial, reduciendo el monto de la pensión al determinar que este se fijaría conforme a las reglas de Ley 100, y ya no con el promedio de los factores salariales del último año de servicios.

Así las cosas, para tener por proporcional la medida introducida en la norma demandada, será necesario que el Gobierno demuestre que la introducción de todas las reformas antedichas no era suficiente para el logro del propósito fijado por el Legislador, y que el altorro que generó la exclusión del régimen de transición de las personas que habiendo cumplido el 50% del tiempo necesario para pensionarse, contaban con el 75% de la edad que se les exigía para acceder a su pensión de vejez, es mayor que el costo que tiene para estas personas el desconocimiento de sus expectativas legítimas y la regresión de las normas que garantizaban su derecho pensional.

3. PETICIÓN

Con fundamento en lo expresado a lo largo de esta demanda, solicito respetuosamente a la Honorable Corte Constitucional:

Primero: Declarar inexecutable el parágrafo del artículo 6 del Decreto Ley 2090 de 2003.

4. COMPETENCIA

La Corte Constitucional es competente para conocer y resolver sobre esta demanda toda vez que la norma acusada hace parte de un decreto con fuerza de ley expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias consagradas en el numeral 5 del artículo 241 de la Constitución Política, conferidas en este caso en el numeral 2 del artículo 17 de la Ley 797 de 2003.

No sobra advertir que no existe un pronunciamiento de fondo sobre la norma demandada por los mismos cargos formulados en esta demanda, toda vez que la Corte Constitucional reconoció en la sentencia C-663 del 2.007 que pese a que el demandante en esa ocasión

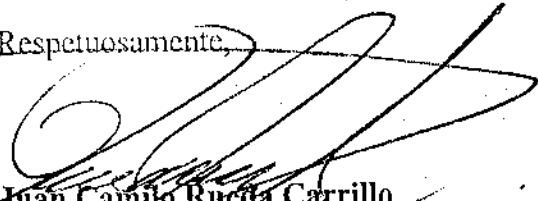
había incluido dentro de la disposición acusada el texto completo del artículo 6 del Decreto 2090 del 2.003, los cargos formulados –y en consecuencia el juicio de constitucionalidad – se referían únicamente al inciso primero de la referida regla.

No existe entonces cosa juzgada material que inhabilite a la Corte Constitucional para decidir el asunto puesto a su consideración en esta demanda.

5. NOTIFICACIÓN

El suscrito recibirá notificaciones en la secretaría de la H. Corte Constitucional.

Respetuosamente,


Juan Camilo Rueda Carrillo
C.C. No. 80.804.056

→ Anexo: Concepto 267367 de 2011 - Fuente: Ministerio de la Protección Social.

CONCEPTO 267368 DE 2011

(septiembre 6)

<Fuente: Archivo Ministerio de la Protección Social>

MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Bogotá, D. C.

Ingeniero

CARLOS ARTURO BERMÚDEZ NIÑO

Presidente

ASOCIACION COLOMBIANA DE CONTROLADORES DE TRÁNSITO AÉREO

Avenida El Dorado 112 - 09 Centro Nacional de Aeronavegación

Bogotá D. C.

ASUNTO: Rad. 227533 del 08 - 07 - 2011.

Cordial saludo:

Damos respuesta a su consulta, en la que previas varias consideraciones indica que la Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN y el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - ISS, niegan la pensión de vejez por alto riesgo argumentado el presunto requerimiento del Decreto 2090 de 2003 de cumplir los requisitos de la Ley 100 de 1993, Artículo 36, nos presenta varios interrogantes en relación a si dicha exigencia es viable. Para dar trámite a estas preguntas debemos abordar varios temas:

a. Recuento Normativo del Régimen de los funcionarios de Aeronáutica Civil.

Antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, la Ley 7a de 1961, en su Artículo 10 consagró el régimen de pensiones a favor de los radio-operadores, técnicos de radio y electricidad y oficiales de meteorología al servicio de la Empresa Colombiana de Aeródromos[1] (1).

Y el Artículo 2 ibídem manifestó que "Para los efectos indicados se aplicará a los mencionados trabajadores lo dispuesto por el Artículo 21 del Decreto 1237 de 1946 y tendrán derecho a la pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicio, cualquiera que fuere su edad." (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Como se verifica el Artículo 2 ya citado, previo que tendría aplicación a los trabajadores referidos en el Artículo 10, lo dispuesto en el Artículo 21 del Decreto 1237 de 1946; así mismo señaló que tendrían derecho a la pensión de jubilación al cumplir 20 años de servicios sin importar la edad.[2] (2)

Posteriormente fue expedida la Ley 100 de 1993, que consagró el Sistema General de Pensiones, y por medio del Decreto 691 de 1994, en su Artículo 50 los servidores públicos que laboraban en actividades de alto riesgo para la salud fueron incorporados al mismo. Sin embargo el Artículo 140 de la Ley ante citada tuvo en cuenta la labor especial que desempeñan y determinó:

Artículo 140. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. De conformidad con la Ley 4a de 1992, el Gobierno Nacional expedirá el régimen de los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, teniendo en cuenta una menor edad de jubilación o un número menor de semanas de cotización, o ambos requisitos. Se consideran para este efecto como actividades de alto riesgo para el trabajador aquellas que cumplen algunos sectores tales como el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Nacional Penitenciaria. Todo sin desconocer derechos adquiridos.

El Gobierno Nacional establecerá los puntos porcentuales adicionales de cotización a cargo del empleador o del empleador y el trabajador según cada actividad.

Con fundamento en este precepto se expidió el Decreto 1835 de 1994, el cual incluyó en el Artículo 2 numeral 4 como actividad de alto riesgo en la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil a Técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo y Técnicos aeronáuticos con funciones de radio operadores con licencia.[3] (3)

Y como requisitos para acceder a la pensión especial de vejez específicamente en relación con los funcionarios citados, en su Artículo 60, estableció que se requerían: a. 55 años y 1000 semanas de cotización, de las cuales 500 fuera cotizada en las actividades de alto riesgo. Por cada 60 semanas adicionales a las mínimas la edad podía disminuir 1 año, hasta el mínimo de 50 años y b. 45 años de edad 100 semanas cotizadas en forma continua o discontinua en las actividades señaladas en el numeral 4 de Artículo 20 del decreto.

En este Decreto Reglamentario a fin de preservar las expectativas de los trabajadores que por la función especial que cumplen están expuestos a un mayor riesgo para su salud, fijó un régimen de transición, que hacía referencia al Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en unas condiciones particulares:

"ARTÍCULO 70. REGIMEN DE TRANSICION. El régimen general de transición previsto en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se aplica a los servidores públicos de la Unidad Administrativa de Aeronáutica Civil.

No obstante, se establece el siguiente régimen de transición para los funcionarios de dicha unidad administrativa que tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres, o 40 o más años de edad si son hombres, o 10 o más años de servicios prestados o cotizados, así:

1. Para los servidores descritos en el Artículo 60 de este decreto,
2. Para los servidores que a 31 de Diciembre de 1993 se encontraban incorporados a la planta de personal del Sector Técnico Aeronáutico;

Los requisitos de edad para acceder a la pensión de vejez o jubilación, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de dicha pensión, de los funcionarios descritos en los numerales 1o. y 2o. de este Artículo, serán los establecidos en el régimen anterior que les era aplicable. Para los demás servidores, las condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez o jubilación, se regirán por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos, particularmente en lo relacionado al monto de las cotizaciones a cargo del respectivo empleador." (Negrilla fuera del texto)

Sin embargo, con posterioridad fue expedida la Ley 797 de 2003, que autorizó en su Artículo 17 de la Ley 100 de 1993 al Gobierno Nacional para expedir o modificar las normas relacionadas con el régimen legal para los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo y en particular para modificar y dictar las normas sobre las condiciones, requisitos y beneficios, incluyendo la definición de alto riesgo, conforme a estudios y criterios actuariales de medición de disminución de expectativa de vida saludable y ajustar las tasas de cotización hasta en 10 puntos, siempre a cargo del empleador, con el objeto de preservar el equilibrio financiero del sistema. (Sentencia C-922 /07)

b. Normativa Vigente sobre Pensión de Vejez en el Régimen de Alto Riesgo.

De conformidad con el Artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Artículo 17 de la Ley 797 de 2003, los regímenes de Alto Riesgo fueron desarrollados por el Decreto 2090 de 2003, el cual se encuentra vigente y considera como actividad de alto riesgo en su Artículo 20 en: "la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, la actividad de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, de conformidad con las normas vigentes".

El mencionado decreto, establece las condiciones para acceder a la Pensión de Vejez de la

"ARTÍCULO 36. PENSIONES ESPECIALES DE VEJEZ. Los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el Artículo siguiente.

ARTÍCULO 40. CONDICIONES Y REQUISITOS PARA TENER DERECHO A LA PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ. La pensión especial de vejez se sujetará a los siguientes requisitos:

1. Haber cumplido 55 años de edad.
2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el Artículo 36 (sic) de la Ley 100 de 1993, modificado por el Artículo 90 de la Ley 797 de 2003.
3. La edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años."

De conformidad con estos artículos, en la actualidad para acceder a la pensión de vejez, dentro del régimen de Alto Riesgo, se debería cumplir lo siguiente:

1. Haber cotizado el número de semanas mínimas señalado por el Artículo 90 de la Ley 797 de 2003, el cual manifiesta:

ARTÍCULO 90. El Artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

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: (...)

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.

En el año 2011 son 1200 semanas mínimas, que corresponden aproximadamente a 23,3 años, pero de conformidad con esta norma, seguirán aumentando en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 en el año 2015. Durante el tiempo que corresponda debería haberse desempeñado la actividad de alto riesgo

2. De las anteriores semanas por lo menos 700 deben ser especiales de cotización.
3. Tener 55 años de edad. Sin embargo por cada 60 semanas de cotización especial adicionales a las requeridas por el Sistema General de Pensiones habría lugar a descontar un año, hasta un mínimo de 50 años.

Estas son las condiciones que rigen actualmente y que un afiliado que desempeñe actividades consideradas como de alto riesgo debe cumplir de forma general. Tales condiciones especiales dentro del Sistema General de Pensiones buscan tener en cuenta la disminución de expectativa de vida saludable de este tipo de trabajadores.

Sobre es <sic> aspecto debe tenerse en cuenta que el Acto Legislativo 01 de 2005, especificó: "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." (Resaltado fuera de texto)

Y el Artículo 80 del Decreto 2090 de 2003, indica: "LÍMITE DEL RÉGIMEN ESPECIAL. El régimen de pensiones especiales para las actividades de alto riesgo previstas en este decreto, solo cubrirá a los trabajadores vinculados a las mismas hasta el 31 de diciembre del año 2014. El límite de tiempo previsto en este artículo podrá ampliarlo, parcial o totalmente, el Gobierno Nacional hasta por 10 años más, previo concepto del Consejo Nacional de Riesgos

Profesionales. A partir de la fecha determinada en el inciso primero de este artículo o la determinada por el Gobierno Nacional de conformidad con lo establecido en el inciso anterior, quienes actualmente estén afiliados a las actividades que en el presente decreto se definen como alto riesgo, continuarán cobijados por el régimen especial de que trata este decreto. Los nuevos trabajadores, se afiliarán al Sistema General de Pensiones en los términos de la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003 y aquellas que las modifiquen o adicionen y sus respectivos reglamentos." (Subrayado fuera del texto)

Y finalmente debe aclararse que la edad de 62 años para los hombres consagrada en el Artículo 33 de la Ley 100 de 1993 no les sería aplicable a dichos trabajadores, como se indica en la consulta, a menos que no se satisfagan las exigencias de los Artículos 3 y 4 del Decreto 2090 de 2003.

b. Régimen de Transición en la Pensión Vejez en el Régimen de Alto Riesgo.

Hasta aquí debe haber claridad en que la legislación pensional para actividades de Alto Riesgo ha venido variando desde la Ley 7 de 1961, hasta el Decreto 2090 de 2003.

Sin embargo, en la legislación se suelen establecer Regímenes de Transición. Esta es una garantía que busca salvaguardar expectativas legítimas de los afiliados, contrario sensu no derechos adquiridos, a fin de que la modificación de las condiciones normativas vigentes no tenga un impacto negativo excesivo. Los regímenes de transición según lo ha fijado la Corte Constitucional pueden ser modificados pero bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, etc.[4] (4)

El Decreto 2090 de 2003, lo reglamenta de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 60. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.

PARÁGRAFO. Para poder ejercerlos derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Artículo 18 de la Ley 797 de 2003."

Ahora bien, para que fuere aplicable esta norma y poder acceder a las normas anteriores que reglamentaban la pensión de alto riesgo, deberían cumplirse las siguientes condiciones:

1. El requisito de 500 semanas de cotización fue declarado parcialmente inexecutable por la Sentencia C-663 de 2007 en el entendido que para el cómputo de las 500 semanas, también se podrán acreditar semanas de cotización efectuadas en cualquier actividad que hubiere sido calificada jurídicamente como de alto riesgo (y no sólo las cotizaciones de carácter "especial" derivadas del Decreto 1281 de 1994).

Por tanto deberán acreditarse 500 semanas al 28 de Julio de 2003, de conformidad con el Artículo 60 del Decreto 2090 de 2003, pero dentro de estas, podrán computarse no solo las cotizaciones especiales que debían ser realizadas de acuerdo al Decreto 1281 de 1994 (23-06-1994), sino aquellas que con anterioridad a este decreto hubieren sido realizadas en la actividad de alto riesgo.

Se debe acreditar el número mínimo de semanas establecido en el Artículo 90 del Decreto 797 de 2003, que para el año 2011 son 1200.

Se deben cumplir las condiciones generales del régimen de transición señaladas por el

Pero se debe aclarar que el Artículo 18 de la Ley 797 de 2003, ha dejado de tener vigencia en virtud de la declaratoria de inexecutable de la misma en la sentencia C-1056 de 2003, por lo que la referencia a la citada norma se dirige al Artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en su forma original.[5] (5)

Sobre el efecto de la inexecutable la Corte Constitucional ha aclarado, por ejemplo en el Auto 126/04: "La Corte ha sostenido, en términos generales, que si una norma B que derogaba la norma A es declarada inexecutable, se restauran ipso iure los efectos jurídicos de la norma A. Así, la sentencia C-055 de 1996 indicó "que la decisión de inexecutable es diversa de una derogación, y por ello puede implicar el restablecimiento ipso iure de las disposiciones derogadas por la norma declarada inconstitucional", toda vez que "como la norma derogatoria no era válida, por estar en contradicción con la Carta, entonces es perfectamente lógico expulsarla del ordenamiento, por ministerio de la inexecutable, de forma tal que puedan revivir las disposiciones derogadas."

En consecuencia, como se indicó la norma se remite a las condiciones generales establecidas en la Ley 100 de 1993, que en su Artículo 36, exige haber tenido 35 (mujer) o 40 (hombre) años de edad o 15 años de cotización al 1º de Abril de 1994. Respecto a este requisito no se pronunciaron las sentencias C-663 de 2007 o C-922 de 2007, por lo que la norma no ha sufrido modificación y en consecuencia sigue produciendo efectos y es de obligatorio cumplimiento.

En este último punto se resalta que ya desde la vigencia del Decreto 1835 de 1994, se exigía, para acceder al régimen transición además de estar vinculado al 31 de Diciembre de 1993 y desempeñar un cargo de alto riesgo, tener 35 (mujer) o 40 (hombre) años de edad o 10 años de cotización al 1º de Abril de 1994.

Por ende, este último requisito se encuentra vigente, sin que puede asegurarse que se desconoce la actividad riesgosa que se ejecuta por parte de los trabajadores toda vez que el Decreto 2090 de 2003, como indicamos más arriba (numeral 2) establece un régimen especial, más favorable a las condiciones del Sistema de Pensional, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida establecidas en el Artículo 33 de la Ley 100 de 1993, especialmente en cuanto a la edad.

Finalmente es de señalar que, efectivamente el Artículo 53 de la Constitución Política manifiesta que uno de los principios del <sic> la Ley laboral será la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho. En el mismo orden de ideas obra el Artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo. Sobre esto, en Sentencia de septiembre 4 de 1992, dijo la Corte Suprema de Justicia: "Aplicación del Principio de Favorabilidad en la interpretación de las normas laborales. La que deberá resolverse de manera que produzca los efectos más favorables al trabajador será aquella respecto del entendimiento o inteligencia de la norma jurídica que resulte de las diferentes interpretaciones que el juzgador encuentre lógicamente posibles y razonablemente aplicables al caso, pero no la que, para un propósito determinado se le pueda presentar a alguna de las partes comprometidas o a los interesados en el resultado del proceso." (Sentencia septiembre 4/92, radicación No. 3929. Sala de Casación Laboral Sección Segunda).

En el presente caso, lamentablemente no existe duda respecto a la interpretación del texto del Decreto 2090 de 2003, toda vez que el mismo exige taxativamente cumplir las exigencias del Artículo 36 ibídem.

La presente consulta, se absuelve en los términos del Artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Atentamente,

JAVIER ANTONIO VILLARREAL VILLAQUIRÁN

Jefe Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo

NOTAS AL PIE:

1.

"Los Radiooperadores del Servicio Móvil Aeronáutico Categoría "R" y del servicio Fijo, de acuerdo con las definiciones dadas en el Decreto 3418 de 1954 y su reglamentario 2427 de 1956, los Técnicos de Radio y Electricidad y los Oficiales de Meteorología que venían prestando sus servicios a Aerovías Nacionales de Colombia. S. A. (Avianca) y que fueron incorporados a la Empresa Colombiana de Aeródromos creada por el Decreto 3269 de 1954, para los efectos de la pensión de jubilación tendrán derecho a que se les compute el tiempo servido a dicha empresa privada como tiempo de servicio a la Nación".

2.

De otro lado, el Artículo 10 del Decreto 1372 de 1966 indicó: 'Son técnicos de radio y de electricidad los funcionarios que desarrollen las actividades propias de su profesión con fines exclusivamente aeronáuticos, sea cual fuere la denominación de planta de los cargos o nomenclatura dentro de la organización del organismo aeronáutico al cual pertenecen o del Departamento Administrativo del Servicio Civil.'

Y en su Artículo 6 el mismo precepto establecía la forma de liquidación. "De acuerdo con los artículos 2 de la Ley 7 de 1961 y 21 del Decreto 1237 de 1946 el personal de que trata el presente Decreto tendrá derecho a la pensión vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual de las asignaciones que hubiere devengado durante el último año de servicios.

3.

Técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo con licencia expedida o reconocida por la oficina de registro de la Unidad Administrativa especial de Aeronáutica Civil de conformidad con la reglamentación contenida en la resolución No. 0 3220 de junio 2 de 1994 por medio del cual se modifica el manual de reglamentos aeronáuticos, y demás normas que la modifiquen, adicionen o aclaren.

Técnicos aeronáuticos con funciones de radio operadores, con licencia expedida o reconocida por la oficina de registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, con base en la reglamentación contenida en la resolución No 2450 de diciembre 19 de 1974 por medio del cual se adopta el manual de reglamentos aeronáuticos, y demás normas que la modifiquen, adicionen o aclaren".

4.

Es adecuado resaltar que en la sentencia C-663 de 2007 ya citada, la Corte Constitucional efectuó un análisis de las expectativas "(...) Los regímenes de transición, en consecuencia i) recaen sobre expectativas legítimas de los asociados y no sobre derechos adquiridos; ii) su fundamento es el de salvaguardar las aspiraciones de quienes están cerca de acceder a un derecho específico de conformidad con el régimen anterior y iii) su propósito es el de evitar que la subrogación, derogación o modificación del régimen anterior, impacte excesivamente las aspiraciones válidas de los asociados, especialmente si existe la posibilidad de minimizar esa incidencia y de armonizar las expectativas ciudadanas y los cambios legislativos a través de un régimen de transición. (...) Se concluye por consiguiente, frente al cargo expuesto por el demandante, que aunque es posible que el legislador modifique los regímenes de transición con posterioridad a su consagración porque éstos no pueden ser concebidos como normas pétreas, los criterios de razonabilidad y proporcionalidad exigibles genéricamente en las transformaciones legislativas y los principios de confianza legítima (Art. 83 C P) derechos de los trabajadores y progresividad de los derechos sociales (Art 53 y 93 C P), son

límites específicos que debe respetar el Congreso en las modificaciones que se introduzcan a un régimen de transición en materia pensional.

5.

Sentencia del H. Consejo de Estado del 15 de mayo de 1997. radicación No 979. con ponencia del magistrado Luis Camilo Osorio Isaza" Efectos de la inexequibilidad (...) En relación con los efectos de la declaratoria de inexequibilidad el Consejo de Estado en sentencia del 29 de septiembre de 1982 (Exp. 882) precisó que la inexequibilidad no es equivalente a derogación, teniendo en cuenta que la norma anterior recobra su vigencia al producirse la inexequibilidad de la ley que la había modificado o derogado, pero como la inexequibilidad solo tiene efectos hacia el futuro los actos cumplidos en virtud de la norma declarada inexecutable conservan su plena eficacia jurídica." (Negrilla fuera del texto)