DESPACHO PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

DP-

Bogotá, enero 24 de 2013

Sr. Doctor
JORGE IGNACIO PRETELT CH
Magistrado ponente
H. Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL
Ciudad

Asunto: AUDIENCIA PÚBLICA SOBRE DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL ARTÍCULO 17 DE LA LEY 4 de 1992. Autos D-9173 y D-9183.

Respetados Señores Magistrados:

Mediante Auto de 13 de diciembre de 2012, la H. Corte Constitucional invitó a la Procuraduría General de la Nación a presentar su exposición en la Audiencia Pública que hoy se adelanta con motivo de la demanda contra el Artículo 17 de la Ley 4 de 1992.

La Procuraduría General de la Nación, tiene entre sus funciones Constitucionales y Legales, vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos y es en cumplimiento de este mandato Constitucional contenido en el Artículo 277, mi intervención.

Yo no vengo a defender unos supuestos “privilegios” sino a defender el orden jurídico y la Constitución.

Un fallo que desconozca la misma Constitución, las normas y borre de un plumazo los cientos de fallos de la propia Corte Constitucional y del juez natural del empleado público, que es el Consejo de Estado y en general, el Contencioso Administrativo e instituya de esa forma otro “régimen pensional con retroactividad,” no solo estaría usurpando las funciones del legislador, sino que iría en contravía de derechos legítimamente adquiridos.¿ Cuanto al final de cuentas le va a terminar costando al Estado si se actúa con parámetros diferentes a los jurídicos? El gobierno habla de otra reforma pensional que presentará en marzo próximo, ¿no será al Legislador a quien le corresponderá ocuparse del tema?

A propósito de la tergiversación de las normas y la desinformación que se presenta en algunos medios, respecto a exfuncionarios públicos a quienes les fueron reconocidas sus pensiones conforme a derecho y quienes tienen

legítimos derechos a una pensión derivada del régimen de transición y en general, a quienes se les estigmatiza por tener algún régimen especial, es preciso informar que son las normas constitucionales, legales y precedentes jurisprudenciales que así no les guste al gobierno, a los economistas, a la prensa o a los fondos privados, son de obligatoria aplicación, mientras subsistan, ya que la gran reforma contenida en el Acto Legislativo 1 de 2005, los extinguió pero a partir del 2014.
Es así como se ha vendido la idea que la crisis financiera tiene como culpable al jubilado y que las pensiones hacen parte de la economía de mercado, que son un ahorro y no un derecho. A ese ataque contra los jubilados o en tránsito de adquisición del derecho, se suma el paulatino desmonte del sistema público de pensiones.

Es preciso preguntarse, ¿quienes se benefician de este desmonte del Régimen de Prima Media? Eso no afecta a unas pensiones altas reconocidas conforme a derecho, sino a todos los afiliados al sistema de prima media que quedarían al vaivén de los sistemas financieros y de la economía de mercado.

Lo primero que hay que tener claro es que si la pensión es un asunto privado y de ahorro, el problema es económico, pero si la pensión es un derecho, ésta se instituyó para amparar las contingencias de la vejez, invalidez y muerte. Se quiere hacer ver al país que la crisis financiera tiene como culpable los derechos adquiridos del jubilado y que éstas, impiden la sostenibilidad fiscal.

La tendencia creciente es hacer creer que las pensiones hacen parte de la economía de mercado, que son un ahorro y no un derecho. A ese ataque contra los jubilados o en tránsito de adquisición del derecho, se suma el paulatino desmonte del sistema público de pensiones. Por eso se entiende el carácter de entidad financiera que se le dio a COLPENSIONES.

La normatividad y circunstancias son bien diferentes en el régimen de prima media al de ahorro individual, donde impera el capital acumulado para adquirir una pensión. Una pensión en el régimen de prima media, tiene requisitos preestablecidos y son el fundamento de una verdadera seguridad social, la cual es un derecho irrenunciable e imprescriptible.

Es preciso preguntarse, ¿quienes se beneficiarían de este desmonte del Régimen de Prima Media? Eso no afecta a unas pensiones altas reconocidas conforme a derecho, sino a todos los afiliados al régimen de prima media que quedarían al vaivén de los sistemas financieros y de la economía de mercado.

Estamos tratando de desconocer la Constitución al tratar de desmontar unas pensiones altas que son derechos legítimamente adquiridos, pero es urgente

que el Ministerio de Hacienda le diga al país cuanto le cuesta al patrimonio público, el faltante para cubrir las pensiones mínimas de los Fondos Privados, que estarán a cargo del Estado.¿ Porque Colombia no ha revisado las ganancias o cuotas de administración de los Fondos Privados, como ya lo han hecho otros países?

Se observa que existe una campaña mediática de la prensa y Fondos Privados por desprestigiar el Régimen de Prima Media, pero hay que tener en cuenta que gracias a este régimen es que hay un poco más de millón y medio de pensionados en Colombia y es para esos miles de afiliados pobres y vulnerables que acuden a la Procuraduría, para quienes trabajamos arduamente en forma preventiva, disciplinaria e interviniendo ante entidades y juzgados, para lograr que el Estado les cumpla con su derecho pensional y no ahorraremos esfuerzos en seguir luchando por los afiliados, independientemente del régimen y del monto de la pensión.

REVISEMOS LOS ACTOS LEGISLATIVOS 1 DE 2005 Y 03 DE 2011**:**

ACTO LEGISLATIVO 1 DE 2005:

El Acto Legislativo 1 de 2005, que adicionó el Artículo 48 de la Constitución Política, dispuso imperativamente que el Estado respetará los derechos adquiridos conforme a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo, Inciso 1: **“EL ESTADO GARANTIZARÁ LOS DERECHOS, LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA PENSIONAL RESPETARÁ LOS DERECHOS ADQUIRIDOS CON ARREGLO A LA LEY Y ASUMIRÁ EL PAGO DE LA DEUDA PENSIONAL QUE DE ACUERDO CON LA LEY ESTÉ A SU CARGO”.** Estableció que las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad (significa a futuro) de la entrada en vigencia de este Acto Legislativo deberán asegurar la estabilidad financiera de lo establecido en ellas y consolidó como derecho adquirido las pensiones concedidas conforme a derecho al establecer en el Inciso 2º. **“SIN PERJUICIO DE LOS DESCUENTOS, DEDUCCIONES Y EMBARGOS A PENSIONES ORDENADAS DE ACUERDO CON LA LEY, POR NINGÚN MOTIVO PODRÁ DEJARSE DE PAGAR, CONGELARSE O REDUCIRSE EL VALOR DE LA MESADA DE LAS PENSIONES RECONOCIDAS CONFORME A DERECHO.”**

El citado Acto Legislativo modificó el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, estableciendo una regla general : El régimen de transición previsto en la Ley 100 expiró o desapareció el 31 de julio de 2010 y se estableció una excepción a la regla general, así: Quienes sean sujetos del régimen de

transición y a la fecha de vigencia del Acto Legislativo (julio 25 de 2005) tengan cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempos de servicios, conservan el derecho al régimen de transición hasta el año 2014, o sea hasta el 31 de diciembre de ese año.

Ha sido reiterada la Jurisprudencia de las Altas Cortes en solicitar el respeto por el Régimen de Transición, **el principio de progresividad, la condición más beneficiosa e inescindibilidad normativa en materia laboral y pensional; todo lo cual materializa el Estado Social de Derecho y el principio de ultractividad normativa que se traduce en la protección de aquellos derechos próximos a consolidarse con base en las normas que se derogan y que le eran más favorables.** Principios éstos también consagrados en los **Artículo 272 de la Ley 100 de 1993 que dispone: "Los principios mínimos fundamentales consagrados en el Artículo 53 de la Constitución Política tendrán plena validez y eficacia".**

La Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido prolija en fallos que consagran esos postulados y principios constitucionales.

En **Sentencia C-168 de 1995, La Corte Constitucional dispuso: "...El legislador con estas disposiciones legales va más allá de la protección de los derechos adquiridos, para salvaguardar las expectativas de quienes están próximos por edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas a adquirir el derecho a la pensión de vejez, lo que corresponde a una plausible política social, que en lugar de violar la Constitución, se adecua al Artículo 25 que ordena dar especial protección al trabajo".**

En **Sentencia C-789 de 2002, la Corte Constitucional señaló: "La creación de un Régimen de Transición constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legitima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo".**

En un sentido similar, la sentencia **C-314 de 2004** anotó que en los cambios de normatividad debía considerarse el principio de la confianza legítima que protege algunas expectativas fundadas en la buena fe: **"…No se trata, por supuesto, de que esta confianza legítima impida el tránsito de legislación, pues tal conclusión llevaría a la petrificación del orden jurídico, sino de la necesaria previsión de los efectos de ese tránsito respecto de situaciones**

jurídicas concretas que, aunque no estén consolidadas ni hayan generado derechos adquiridos, si han determinado cierta expectativa válida, respecto de la permanencia de la legislación".

En el mismo sentido la sentencia **C 428 de 2009** ha sostenido que cualquier tránsito normativo debe atender a los principios de justicia y equidad y lo ha hecho en los siguientes términos: **"…También ha sostenido que el legislador no está obligado a mantener en el tiempo las expectativas por la prevalencia de su potestad configurativa, y que cualquier tránsito legislativo debe consultar parámetros de justicia y equidad, por lo que las expectativas legitimas de quienes aspiran a pensionarse bajo un régimen determinado, deben ser objeto de alguna consideración protectora por el legislador y no pueden ser modificadas de una manera arbitraria por parte del Legislador en contraposición de la confianza legitima de los ciudadanos".**

En consecuencia, el mismo Acto Legislativo ya desmontó a partir de 2014, con las condiciones en él previstas, los regimenes especiales y estableció un tope máximo a las pensiones, pero no es dable aplicar este tope con retroactividad porque hay situaciones jurídicas consolidadas y fue la misma reforma constitucional la que señaló el respeto por los derechos adquiridos y previó un tránsito normativo en el Parágrafo 4.

Todas las normas derogadas que resultan contrarias a la reforma constitucional, solo se aplican porque el mismo Acto Legislativo les otorgó aplicación de manera ultractiva, por cuanto estableció las reglas de reconocimiento para quienes consoliden su derecho al 31 de diciembre del 2014.

En consecuencia, no es de recibo desde el punto de vista constitucional, desconocer derechos adquiridos conforme a derecho, ni desconocer los que están contenidos en el parágrafo 4 del propio Acto Legislativo 01 de 2005, porque es el mismo Acto Legislativo quien los garantiza y respeta.

Resulta a todas luces inconstitucional, pretender que una reforma constitucional genere la posibilidad de estudiar nuevamente la constitucionalidad abstracta de la ley, con el propósito de desconocer derechos legítimamente adquiridos en su vigencia o por disposición de transición. Admitir lo anterior, significa ir en contravía de principios del derecho como son la SEGURIDAD JURÍDICA, la CONFIANZA LEGITIMA y la COSA JUZGADA. En que quedarían los cientos de fallos de la propia Corte Constitucional, del Consejo de Estado y en general del Contencioso Administrativo, quien es el

juez natural de los servidores públicos y sus jurisprudencias reiteradas que otorgaron esos derechos?

Si se plantea limitar o reducir estos derechos adquiridos en pensiones solo por sostenibilidad financiera, equidad, solidaridad, razonabilidad, igualdad y proporcionalidad, que pasará el día de mañana con otros derechos legítimamente adquiridos como la propiedad, la educación, la salud subsidiada, los salarios, por ejemplo.

Los casos de pensiones mal reconocidas o mal liquidadas de los Congresistas han sido demandadas por Fonprecon y son los Tribunales Contenciosos y el Consejo de Estado, quienes las han modificado previo proceso para cada caso particular y concreto, con lo cual se le ha venido ahorrando grandes sumas al erario.

No es de recibo pretender modificar un derecho o una situación jurídicamente consolidada conforme a derecho, aduciendo que el tope máximo del monto de las pensiones, generaría una redistribución de los recursos del sistema de seguridad social, cuando en estudios se ha podido establecer, que los funcionarios públicos que son beneficiarios de regimenes especiales por la dignidad del cargo desempeñado y que lo han sido conforme a derecho, no superan los 1100 casos de pensiones superiores a 25 smlm. Los casos irregulares deben demandarse y denunciarse pero estudiando cada situación en particular.

Revisemos también el alcance de la Reforma Constitucional contenida en el ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2011-SOSTENIBILIDAD FISCAL:

Consecuente con lo anterior, EL ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2011, por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal, en el PARÁGRAFO DEL ARTÍCULO 1º DISPONE**: "BAJO NINGUNA CIRCUNSTANCIA, AUTORIDAD ALGUNA DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA, LEGISLATIVA O JUDICIAL, PODRÁ INVOCAR LA SOSTENIBILIDAD FISCAL PARA MENOSCABAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, RESTRINGIR SU ALCANCE O NEGAR SU PROTECCIÓN EFECTIVA".** Al respecto en mi calidad de Procurador General de la Nación, presenté concepto el 9 de noviembre de 2011, con motivo de la demanda de Inconstitucionalidad contra el Acto legislativo 3 de 2011, contenido en la Sentencia C-288 de 2012 y en lo cual manifesté que "si bien es encomiable que se busque la eficiencia en el gasto público, lo cual implica un riguroso control a gastos innecesarios, a sobrecostos, a prácticas corruptas etc., por no hablar de mayores controles tributarios a la elusión y a la evasión, de ello no puede seguirse la limitación de la garantía de los derechos fundamentales de las personas. Así como una

conclusión de este carácter vaciaría de contenido la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho, que es uno de los pilares estructurales de la Constitución, el parágrafo en comento constituye un elemento imprescindible para interpretar el principio de sostenibilidad fiscal".

El carácter de derecho fundamental de las pensiones, ha sido reiterado por la Corte Constitucional y en general por los jueces de la República al amparar mediante miles de tutelas el acceso a este derecho no solo de pensiones altas sino de todo tipo de regimenes y circunstancias pensiónales.

En la Sentencia **C-288 DE 2012,** al declarar la exequibilidad de este Acto Legislativo 03 de 2011, reformatorio del Artículo 334 de nuestra Constitución, sostuvo la Corte, que el Acto Legislativo contiene cláusulas de intangibilidad de los derechos fundamentales y del gasto público social; dice que el Acto Legislativo acusado contiene diversas cautelas unívocamente dirigidas a determinar que el criterio de Sostenibilidad Financiera es un instrumento subordinado al logro de los fines propios del Estado Social y Democrático de Derecho, entre los que se encuentran en lugar central la protección de los derechos fundamentales. Advierte la Corte, que la Sostenibilidad Fiscal como instrumento, no puede servir de base para la afectación de aquellas posiciones jurídicas que adquieren condición de iusfundamentalidad. Advierte, que las cláusulas prohibitivas tienen carácter sustantivo por lo que son de inexcusable cumplimiento en todos los ámbitos en que se pretenda aplicar el criterio ordenador de la Sostenibilidad Fiscal. Por lo tanto, el carácter instrumental de la Sostenibilidad Fiscal, dijo la Corte, implica su permanente subordinación a los derechos fundamentales.

Se ha vendido la idea de que la crisis financiera tiene como culpable al jubilado y que las pensiones hacen parte de la economía de mercado, que son un ahorro y no un derecho. A ese ataque contra los jubilados o en tránsito de adquisición del derecho, se suma el paulatino desmonte del sistema público de pensiones.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 17 DE LA LEY 4 DE 1992.

Para esta demanda contra el Artículo 17 de la Ley 4 de 1992, han conceptuado organismos del Gobierno como el Ministerio de Trabajo (exequibilidad), el Departamento Administrativo de la Función Pública(estarse a lo resuelto, cosa juzgada), Colpensiones (estarse a lo resuelto, cosa juzgada) e ISS (inhibida), precisamente porque tienen en cuenta para el concepto, las normas Constitucionales, la propia reforma constitucional de 2005, las normas legales y

la reiterada jurisprudencia de la misma Corte Constitucional y del Consejo de Estado, que es el juez natural de los empleados públicos; es por el conocimiento que tienen de la naturaleza de las pensiones de los servidores públicos, por el respeto a derechos legítimamente adquiridos y por la transición que la misma Constitución ampara hasta el 2014, que han conceptuado en el sentido en que lo hicieron, todo lo cual se fundamenta en la CONFIANZA LEGÍTIMA cuyos pilares son la seguridad jurídica y la buena fe, inmersos en los Artículos 53, 83, 25 y 48 de la CP. Principios de amplia reiteración por las Altas Cortes y al cual me referiré más adelante.

Las pensiones de todos los empleados públicos, no solo de los Congresistas y Magistrados de Altas Cortes, nacieron desde hace más de un siglo, como una retribución por los largos servicios prestados al Estado. Por ejemplo, desde 1913 se consagró la “pensión Gracia” de los docentes territoriales, por la cual tampoco se cotiza; el régimen de expresidente de la República, de los empleados de Ecopetrol, de fuerzas Armadas, de Policía, de docentes, nacieron exceptuados y en general por los servidores públicos no se cotizaba, por lo cual estas pensiones dependen en buena parte, de transferencias del presupuesto nacional, porqué así lo determinó el legislador desde sus inicios. La normatividad y circunstancias son bien diferentes en el régimen de prima media al de ahorro individual, donde impera el capital acumulado para adquirir el derecho.

Situación diferente fue en el ISS, donde la gran mayoría de sus afiliados eran privados y se cotizó desde 1967. El régimen del ISS se concibió como de “prima media escalonada” y de todos es sabido que el gobierno no cumplió con sus aportes a que legalmente estaba obligado, no realizó el aumento escalonado y destinó los recursos en Bonos y Acciones, lo que ocasionó, entre otros aspectos, la crisis financiera de esta entidad y por supuesto del sistema.

Fue el sistema público, concebido desde sus inicios y no los pensionados a quienes deben culparse, por tener un régimen especial en razón de la transición. Los últimos gobiernos han hecho enormes esfuerzos constitucionales y legales para acabar con los regimenes especiales pero respetando la transición y los derechos adquiridos, como lo hizo el propio Acto Legislativo 1 de 2005.

Todas las reformas de los últimos 20 años apuntan a ampliar coberturas y nada que se consigue el objetivo porque las reformas por si solas no generan cobertura, como seguro tampoco lo hará el desconocimiento de derechos adquiridos propuestos en la demanda.

La demanda apunta a que el Artículo 17 de la Ley 4 de 1992 va en contravía del Artículo 48 de la Constitución, a lo cual, me permito presentar los siguientes aspectos jurídicos sobre la discusión:

1. PRINCIPIO DE IGUALDAD: El Artículo 17 fue inicialmente demandado por violación al derecho a la igualdad por consagrar privilegios económicos a favor de los Congresistas y de los altos funcionarios del Estado. La Corte Constitucional en la sentencia **C-608 DE 1999,** declaró su exequibilidad bajo unos condicionamientos allí precisados, señalando, que el Legislador puede establecer regimenes especiales en materia de salarios y prestaciones mientras no haya una desproporcionalidad contraria a la razón, y que en el caso de los congresistas la diferenciación está explicada y justificada por las altas responsabilidades que les corresponde en ejercicio de sus funciones, por el estricto régimen de incompatibilidades y por su obligatoria dedicación exclusiva. Es decir, a juicio de la Corte Constitucional, esas reglas contenidas en el Artículo 17 no se oponen a los mandatos constitucionales ni rompen el principio de igualdad; manifestó esa Corporación, que en su carácter especial, resultan adecuadas a las condiciones dentro de las cuales se ejerce la función legislativa.

Respecto al principio de igualdad, la Corte Constitucional se ha pronunciado reiteradamente manifestando que este derecho debe ser objetivo y no formal y se predica su identidad entre iguales, de ahí que estas pensiones especiales, de acuerdo con las normas, se reconocen bajo un mismo parámetro a los Congresistas, Altas Cortes, Corporaciones judiciales y Ministerio Público. Es decir, quienes ganan más, cotizan más y la liquidación se realiza sobre la totalidad de lo devengado teniendo en cuenta otros factores legales. El principio de igualdad lo ha expuesto la Corte Constitucional en reiterados fallos, determinando que éste es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. El derecho a la igualdad no se traduce en una igualdad mecánica y matemática sino en el otorgamiento de un trato igual compatible con las diversas condiciones del sujeto. El derecho a la igualdad no excluye necesariamente dar un tratamiento diferente a sujetos colocados en unas mismas condiciones, cuando exista motivo razonable que lo justifique.

El Artículo 17 de la Ley 4 de 1992 está solo vigente por transición determinada por el mismo Acto Legislativo 1 de 2005.

Como consecuencia de esa norma se expidió antes de la Ley 100 de 1993, el Decreto 1359 de 1993 que estableció las reglas de pensión de los Congresistas y ya en vigencia de la Ley 100 de 1993 se expidió el Decreto 1293 de 1994 por el cual el Decreto 1359 de 1993 fue acogido como régimen

de “transición”. Para liquidar estas pensiones se tiene en cuenta la remuneración del Congresista, de acuerdo con la certificación que expide cada año la Contraloría General, de conformidad con el Artículo 187 de la Carta.

2. APLICACIÓN SOLO POR TRANSICIÓN: El Artículo 17 de la Ley 4 de 1992 está solo vigente por transición determinada por el mismo Acto Legislativo 1 de 2005 y establece que “El Gobierno Nacional, establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores. Aquellas y éstas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el Congresista. Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal”.

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

Como consecuencia de esa norma se expidió antes de la Ley 100, el Decreto 1359 de 1993 que estableció las reglas de pensión de los Congresistas y ya en vigencia de la Ley 100 de 1993 se expidió el Decreto 1293 de 1994 por el cual el Decreto 1359 de 1993 fue acogido como régimen de “transición”. De otra parte, la misma Ley 100 de 1993 en su Artículo 130, inciso final, mantuvo la existencia del fondo encargado de reconocer las pensiones de empleados del Congreso, Congresistas y empleados del mismo Fondo-FONPRECON, que había sido creado por la Ley 33 de 1985. Para liquidar estas pensiones se tiene en cuenta la remuneración del Congresista, de acuerdo con la certificación que expide cada año la Contraloría General, de conformidad con el Artículo 187 de la Carta.

El citado Fondo en cumplimiento de esas normas, reconoce pensiones a los afiliados a Fonprecon y solamente aplica a los Congresistas el régimen especial si se encuentra en transición. Quienes no se encuentran en transición del régimen especial de Congresista pero si en la transición general, se les aplica el régimen general de Congresista previsto en el Decreto 816 de 2002 y quien no tenga transición se le aplican, las normas generales de Ley 100 y reformas subsiguientes (Ley 797 de 2003), todo en concordancia con el Acto Legislativo 1 de 2005 y su parágrafo 4. Es decir, que la Ley 4 de 1992, Decretos 1359/93, 1293/ 94 y 816 de 2002, se aplican solo y exclusivamente por transición, previo estudio de cada caso individual y concreto, tal como lo dispone el mismo mandato constitucional y según el alcance que le dio el fallo de Constitucionalidad C-608 de 1999 al Artículo 17 de la Ley 4 de 1992, que

dispuso que la liquidación del 75% del promedio del último año es individualmente considerado.

La norma acusada está en etapa terminal y solo está vigente para aquellos funcionarios Congresistas que cumplan con los requisitos de transición de Ley 100 de 1993 y del Acto Legislativo 1 de 2005.

Fue la misma Constitución la que acabó con los regimenes especiales y exceptuados, salvo el del Presidente de la República y Fuerzas Armadas, manteniendo solo su aplicación hasta el 2014 para quienes cumplan con los requisitos de las 2 transiciones citadas.

3. TOPE MÁXIMO A LAS PENSIONES Y PARÁGRAFO 4 DEL ACTO LEGISLATIVO: Otro punto de la demanda aducido por los demandantes es que se viola el Acto Legislativo 1 de 2005 que estableció en el Parágrafo 1 el tope a las pensiones. Si bien el Acto Legislativo, estableció en el Parágrafo 1 un tope máximo de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes a partir del 31 de julio de 2010, para todas las pensiones que se causen con cargo a recursos de naturaleza pública, también reconoció el respeto por los derechos adquiridos y en vía de adquisición, de conformidad con el Parágrafo 4.

Resulta a todas luces inconstitucional, pretender que una demanda de constitucionalidad contra la Ley 4 de 1992, Artículo 17, genere la posibilidad de estudiar nuevamente la constitucionalidad abstracta de la ley, con el propósito de desconocer la misma Constitución y derechos legítimamente adquiridos en su vigencia o por disposición de transición. Admitir lo anterior, significa ir en contravía de principios del derecho como son la SEGURIDAD JURÍDICA, la CONFIANZA LEGITIMA y la COSA JUZGADA.

En que quedarían los cientos de fallos de la propia Corte Constitucional, del Consejo de Estado y en general del Contencioso Administrativo, quien repito, es el juez natural de los servidores públicos y sus jurisprudencias reiteradas que otorgaron esos derechos?

Si se plantea limitar o reducir estos derechos adquiridos, solo por sostenibilidad fiscal, equidad, solidaridad, razonabilidad, igualdad y proporcionalidad, que pasará el día de mañana con otros derechos legítimamente adquiridos como la propiedad, la educación, la salud subsidiada, con los salarios , por ejemplo.

Los casos de pensiones mal reconocidas o mal liquidadas es deber demandarlas; en el caso de los Congresistas, han sido demandadas por Fonprecon y son los Tribunales Contenciosos y el Consejo de Estado, quienes

las han modificado previo proceso para cada caso particular y concreto, con lo cual se le ha venido ahorrando grandes sumas al erario y para lo cual, la Procuraduría ha intervenido en defensa del patrimonio público. Es más, la Procuraduría, ha demandado pensiones ya decididas, a través de recursos extraordinarios de revisión, las cuales han tenido como consecuencia la defensa del ordenamiento jurídico y del patrimonio público.

Pretender modificar un derecho o una situación jurídicamente consolidada conforme a derecho, aduciendo que el tope máximo del monto de las pensiones, generaría una redistribución de los recursos del sistema de seguridad social, no es de recibo cuando en estudios se ha podido establecer, que los funcionarios públicos que son beneficiarios de regimenes especiales por la dignidad del cargo desempeñado y que lo han sido conforme a derecho, no superan los 1100 casos de pensiones superiores a 25 smlm y Colombia, por muchas circunstancias, es un país que goza de unos tristes primeros lugares en informalidad, desigualdad, desplazamiento forzado, inequidad y no es precisamente por estas pensiones.

En consecuencia, no puede satanizarse a estos servidores que se benefician de esas normas que están en fase terminal o culparlos del déficit fiscal o de la baja cobertura en pensiones.

No se puede comparar una pensión de régimen de prima media, cualquiera que ella sea, con el costo de esa misma pensión en un fondo privado, ya que son de diferente naturaleza. El legislador las creó con tiempo servido y/o cotizado y edad, frente a las de ahorro individual que dependen del capital acumulado por el afiliado.

Fue la misma reforma constitucional, la que señaló el respeto por los derechos adquiridos y previó un tránsito normativo en el Parágrafo 4. Todas las normas derogadas que resultan contrarias a la reforma constitucional, solo se aplican porque el mismo Acto Legislativo les otorgó aplicación de manera ultractiva, por cuanto estableció las reglas de reconocimiento para quienes consoliden su derecho al 31 de diciembre del 2014.

4. SENTENCIA C-608 DE 1999: Este Artículo 17 de la Ley 4 de 1992 fue demandado y la Corte Constitucional en Sentencia C -608 de 1999 lo declaró exequible en los términos de la Sentencia que para el caso en concreto se ocupó de 3 aspectos que fueron ampliamente analizados: El primero de ellos es la base para calcular la pensión, el reajuste o la sustitución pensional, para lo cual se definió que se tendrá en cuenta todo lo que tenga carácter remunerativo (no tiquetes ni viáticos). El segundo aspecto tiene que ver con el periodo de referencia para liquidar la pensión se ratifica que es el último año porque así lo dispuso el legislador y el tercer aspecto es el del monto de la

pensión, que el legislador lo determinó en el 75% y que la Corte Constitucional lo consideró razonable habida cuenta de los criterios que justificaron la creación del régimen pensional especial para los miembros de la rama legislativa pero teniendo en cuenta la situación individual y concreta de cada Congresista. Lo anterior significa, que la pensión del Congresista se liquida con el 75% del promedio del último año que por todo concepto devengue el Congresista, se liquida con base en lo que tiene carácter remunerativo y cada caso debe ser individualmente considerado. Ese fue el alcance del fallo con el fin de preservar la sostenibilidad del sistema.

Este fallo de exequibilidad hizo tránsito a cosa juzgada y este artículo de la Ley marco solo se aplica por transición.

5. ANTECEDENTES DE LAS PENSIONES PÚBLICAS EN COLOMBIA-

Como se informó inicialmente, las pensiones públicas nacieron hace más de un siglo como retribución a los largos servicios prestados al Estado. Solo los trabajadores particulares afiliados al ISS cotizaban desde 1967. Con anterioridad a la expedición de la Constitución de 1991, la pensión de jubilación de los servidores públicos, estaba regulada de manera general, por la Ley 33 de 1985, conforme a la cual se dispuso que se tendría derecho a la pensión cuando el empleado oficial sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años. Pero la misma disposición en el artículo 1º. inciso 2º señaló que no están sujetos a aquella regla general los empleados que trabajaban en actividades que por su naturaleza justifique la excepción que la ley haya determinado expresamente, **“ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones”.**

Cuando se expide la Ley 100 de 1993, se creó un sistema dual y excluyente; se comienzan a suprimir las 1040 Cajas y Fondos Públicos; se crean los Fondos Privados, se permite afiliarse a éstos fondos y como entidades públicas quedaron 2 que permiten afiliación: El ISS para todos los casos (servidores públicos y privados) y FONPRECON en 3 casos específicos (empleados del Congreso y de Fonprecon y Congresistas). Los empleados públicos que se afiliaron al ISS comenzaron a cotizar. Los que permanecieron en CAJANAL también comenzaron a cotizar y a la fecha quedan funcionarios en transición por pensionarse con algún régimen especial. Fueron las normas las que lo dispusieron así y es nuestra Constitución actual la que respeta esas situaciones legítimas.

Si alguna pensión ha sido proferida en forma irregular, es deber de todos los organismos públicos de pensiones, demandarlas y ponerlas en conocimiento

de las autoridades para lo de su competencia, pero eso no significa acabar con las reconocidas conforme a derecho.

No se puede comparar una pensión de empleado público con el costo de esa misma pensión en un fondo privado ya que son de diferente naturaleza. El legislador las creó con tiempo servido y/o cotizaciones y edad, frente a las de ahorro individual que dependen del capital acumulado por el afiliado.

La Ley 100 de 1993, creó un régimen dual y excluyente de pensiones; se acabó también con centenares de modelos pensiónales administrados por entidades públicas del nivel nacional y territorial, dando paso a un sistema uniforme de pensiones en el régimen de prima media, pero respetando derechos adquiridos y otorgando una transición consagrada en el Artículo 36 de dicha Ley, por edad (35 mujeres, 40 hombre) o tiempo de servicios (15 años) a 1º de abril de 1994.

La Ley 100 de 1993, Artículo 1 determina que **“El sistema de Seguridad Social Integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten.”**

Con las siguientes reformas pensiónales, en especial la Ley 797 de 2003, ya el derecho pensional es muy difícil de adquirir tanto en el régimen de prima media como en el de ahorro individual. La pensión de vejez es muy costosa para los afiliados al RAIS y más aún si se aspira a un poco más. En el Régimen de prima media, la pensión requiere de largos periodos de cotización que son crecientes cada año (en 2015 serán 1300 semanas o sea 26 años) y reducida en su cuantía de reconocimiento, respecto a los ingresos laborales del afiliado.

Las entidades públicas que tienen a su cargo el reconocimiento de pensiones, de manera frecuente incumplen los derechos pensiónales, unas veces por morosidad y otras por múltiples razones no jurídicas. Es evidente y notorio que existen, criterios, organizaciones privadas, directrices superiores que final y fatalmente conducen a entrabar y desconocer los regímenes pensiónales que aún subsisten por mandato Constitucional, lo cual genera alta judicialización, muchos sobrecostos para el sistema y gran detrimento patrimonial.

Debido a las miles de demandas que cursan en todos los juzgados del país, muchas de las cuales se producen por desconocer la ley y precedentes jurisprudenciales en materia pensional, se expidió la **Ley 1395 de 2010**, “Por la cual se dictan medidas de Descongestión Judicial” y se establece en el Artículo

114 que **"Las entidades Públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados… para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones**, **se hubieren proferido en cinco o más casos análogos."**

El **Artículo 114 de la Ley 1395 de 2011**, , fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia **C- 539 de 2011** y, el nuevo Código Contencioso Administrativo- **Ley 1437 de 18 de enero de 2011**, **Artículo 10** regula el deber uniforme de aplicar las normas y la jurisprudencia; declarado igualmente exequible en Sentencia **C- 634 de 2011**. No obstante lo anterior, las funciones del Ministerio Público para hacer cumplir normas y fallos y las condenas, no han sido suficientes para que las instituciones le cumplan a los Colombianos con sus legítimos derechos adquiridos en nuestro Estado Social de Derecho.

6. PRINCIPIO DE LA BUENA FE. PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA. PRINCIPIO DE RESPETO AL ACTO PROPIO.

En la tutela 923 de 2010, relacionada con una pensión de vejez negada por el ISS, el M.P dr JORGE PRETELT CH. realizó un recuento sobre el principio de la buena fe, sobre el principio de la confianza legitima y respeto al acto propio, en los siguientes términos que transcribo, por la importancia del tema:

> "El artículo 83 de la Constitución Política consagra el principio de la buena fe al establecer que: "*Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las actuaciones que aquellos adelanten ante éstas*". De lo anterior, se entiende que éste principio no sólo tiene lugar al momento del nacimiento de la relación jurídica, sino que desarrolla sus efectos en el tiempo hasta que ésta se extingue.
>
> "La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que la buena fe:
>
> > "*(…)* ***incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos.*** *De igual manera, la buena fe orienta el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública y ayuda a colmar las lagunas del sistema jurídico.*"[1] (Negrillas fuera de texto).

[1] Cfr. Sentencia C-131 del 17 de febrero de 2004. MP. Clara Inés Vargas Hernández.

"A su vez, el principio de la buena fe proscribe el *venire contra factum propium*, por lo que a nadie le es permitido ir en contra de sus propios actos; en esa medida, la buena fe implica que a futuro se mantengan las conductas que en un inicio se desarrollaron, y a cuyo respeto se sujetan en gran manera "*la seriedad del procedimiento, la credibilidad de las partes y el efecto vinculante de los actos*."[2]

"De la presunción de buena fe que debe gobernar las relaciones entre las autoridades y los particulares, se deriva el principio de confianza legítima que, según esta Corporación en la Sentencia T-521 de 2004, tiene lugar cuando:

> "*(…) se trata de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades, pero, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege, toda vez que en tales casos, en función de la buena fe (art. 83 C.P), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación.*" [3]

"El estudio realizado por la Corte respecto al principio de confianza legítima en la Sentencia T-1094 de 2005, fue aún más profundo, al señalar:

> *"*El principio de la confianza legítima es una expresión de la buena fe consistente en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva

[2] Cfr. Sentencia T-340 del 06 de abril de 2005. MP. Jaime Araujo Rentería.
[3] Cfr. Sentencia T-521 del 20 de mayo de 2004. MP. Jaime Córdoba Triviño. En esta sentencia, con ocasión del estudio del recurso de amparo interpuesto por una mujer cabeza de familia de la cual dependían sus dos hijos que padecían discapacidades y que contaba con escasos recursos económicos, la Corte tuteló los derechos constitucionales fundamentales al trabajo, al mínimo vital y al debido proceso de la accionante, entre otras razones, porque ésta "*venía ejerciendo una actividad con la aprobación de las autoridades municipales, lo cual le permitía con razones objetivas confiar en la durabilidad de las autorizaciones que se le otorgaban, por ello, el cambio súbito de las condiciones plasmado en el término de ocho (8) días para realizar la transformación de la caseta en toldo modifican ostensiblemente su situación, y por lo tanto, es procedente dar aplicación al principio de confianza legítima*."

situación jurídica. **No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos adquiridos pues éstos no existen en la situación en consideración, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían formado con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo.**

(…) Este principio busca proteger al administrado frente a las modificaciones intempestivas que adopte la administración, desconociendo antecedentes en los cuales aquél se fundó para continuar en el ejercicio de una actividad o reclamar ciertas condiciones o reglas aplicables a su relación con las autoridades. **Esto quiere decir que el principio de confianza legítima es un mecanismo para conciliar los posibles conflictos que surjan entre los intereses públicos y los intereses privados, cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y súbitamente elimina dichas condiciones.** Así pues, la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la administración, es digna de protección y debe respetarse.*"*[4] *(Negrillas fuera de texto).*

"Así, en virtud del principio de confianza legítima, les corresponde a las autoridades y a los particulares, mantener coherencia en sus actuaciones, respetar los compromisos adquiridos y garantizar la durabilidad y estabilidad de las situaciones que de forma objetiva posibiliten la confianza en que se cumplan las reglas del tráfico jurídico[5].

"El principio de confianza legítima también se ha aplicado en el ámbito de las actividades judiciales, para garantizar que el Estado y los particulares no desplieguen actuaciones que si bien, vistas de manera aislada tienen fundamento legal, resultan discordantes cuando se cotejan; así pues, esta actuación contraría lo que razonablemente se esperaba de la autoridad, al observar la conducta que anteriormente presentó ante la misma situación.

"En la Sentencia C-836 de 2001, con ocasión del estudio de constitucionalidad del artículo 4 de la Ley 169 de 1896, la Corte señaló:

[4] Cfr. Sentencia T-1094 del 27 de octubre de 2005. MP. Jaime Araujo Rentería.
[5] Ver Sentencias: T-660 del 15 de agosto de 2002. MP. Clara Inés Vargas Hernández y T-248 del 06 de marzo de 2008. MP. Rodrigo Escobar Gil.

"*La certeza que la comunidad jurídica tenga de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma es una garantía que se relaciona con el principio de la seguridad jurídica.* ***La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente.*** *Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley. La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones. Si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley.*

En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. ***Esta garantía sólo adquiere su plena dimensión constitucional si el respeto del propio acto se aplica a las autoridades judiciales, proscribiendo comportamientos que, aunque tengan algún tipo de fundamento legal formal, sean irracionales, según la máxima latina venire contra factum proprium non valet. El derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia.*** *Esta confianza no se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad. Comprende además la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme. En virtud de lo anterior, el análisis de la actividad del Estado como administrador de justicia no se agota en el juicio sobre la legalidad de cada decisión tomada como un acto jurídico individual, pues no se trata de hacer un estudio sobre la validez de la sentencia, sino de la razonabilidad de una conducta estatal, entendida ésta en términos más amplios, a partir de los principios*

de continuidad y de unidad de la jurisdicción." [6] (Negrillas fuera de texto).

"Posteriormente, en la Sentencia C-131 de 2004, con ocasión del estudio de constitucionalidad del artículo 51 de la Ley 769 de 2002, esta Corporación manifestó que:

"***El principio de la confianza legítima no se limita al espectro de las relaciones entre administración y administrados, sino que irradia a la actividad judicial***.

(…) En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. ***Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias****.* ***En estos casos, la actuación posterior es contraria al principio de la buena fe, pues resulta contraria a lo que razonablemente se puede esperar de las autoridades estatales, conforme a su comportamiento anterior frente a una misma situación.*** *Esta garantía sólo adquiere su plena dimensión constitucional si el respeto del propio acto se aplica a las autoridades judiciales, proscribiendo comportamientos que, aunque tengan algún tipo de fundamento legal formal, sean irracionales, según la máxima latina venire contra factum proprium non valet.*"[7] (Negrillas fuera de texto).

"En la Sentencia T-1023 de 2006, la Corte tuteló el derecho al debido proceso, en una acción de tutela instaurada por un funcionario del INPEC en contra de una decisión del Tribunal Administrativo del Quindío, mediante la cual dicha Corporación omitió la aplicación de la jurisprudencia constitucional establecida en las Sentencias C-108 de 1995 y C-565 de 1995, que establecen las pautas para el respeto al debido proceso por parte de la Junta Asesora del INPEC, en los eventos de retiro de la institución por inconveniencia, por lo que solicitó la nulidad de la resolución que ordenaba su retiro y su reintegro a título de indemnización. La Corte señaló que:

[6] Sentencia C-836 del 09 de agosto de 2001. MP. Rodrigo Escobar Gil.
[7] Cfr. Sentencia C-131 del 19 de febrero de 2004. MP. Clara Inés Vargas Hernández.

> "***La autonomía judicial no ampara el desconocimiento injustificado de los propios precedentes, puesto que la aplicación del principio de unidad y coherencia jurisprudencial es también un deber constitucional.***"[8] (Negrillas fuera de texto).

"En la misma sentencia, esta corporación señalo:

> "***La necesidad de consistencia de la jurisprudencia, se relaciona también con el derecho de acceso a la administración de justicia el cual se funda en la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de Justicia. Esta confianza no se agota con la mera publicidad del texto de la ley, ni con la simple adscripción nominal del principio de legalidad. Involucra además la protección de las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces será razonable, consistente y uniforme.***" (Negrillas fuera de texto).

"De manera que en virtud del principio de confianza legítima, se exige a los jueces una aplicación coherente y consistente de la ley en aras de proteger las expectativas legítimas y a su vez garantizar la seguridad jurídica.

Como otra manifestación del principio de buena fe, la Corte ha introducido el principio del respeto al acto propio. El respeto al acto propio implica el deber de llevar a cabo actuaciones coherentes en el transcurso del tiempo, de manera que:

> "*(…)* ***resulta contraria al principio mencionado, toda actividad de los operadores jurídicos que, no obstante ser lícita, vaya en contravía de comportamientos precedentes que hayan gozado de la entidad suficiente para generar en los interesados la expectativa de que, en adelante, aquéllos se comportarían en consonancia con la actuación original***". (Negrillas fuera de texto).

"Así, en virtud del principio de respeto al acto propio, una autoridad que ha realizado una actuación que ocasiona una situación particular, concreta y definida a favor de otro, no podrá modificar de forma unilateral su decisión, ya que la confianza del administrado no surge por la

[8] Cfr. Sentencia T-1023 del 01 de diciembre de 2006. MP. Jaime Córdoba Triviño.

convicción de la apariencia de legalidad de una actuación, "*sino por la seguridad de haber obtenido una posición jurídica definida a través de un acto que creó situaciones particulares y concretas a su favor*"[9].

…

"Así, reiterando lo antes mencionado, las Sentencias C-836 de 2001, C-131 de 2004, y T-1023 de 2006 dan lugar a la aplicación del principio de la confianza legítima en la actividad judicial, y en virtud de dicho principio, se garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas de forma aislada tienen un fundamento jurídico, pero que al compararlas, se muestran contradictorias; situación en la cual, la actuación posterior desconoce el principio de la buena fe, pues resulta contraria a lo que razonablemente se puede esperar de las autoridades estatales, conforme a su comportamiento anterior frente a una misma situación.

7. Respecto a las preguntas contenidas en el Auto proferido por la Corte Constitucional, me referiré a 2 de ellas a continuación:

¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS ESTRUCTURALES DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, SUS CAUSAS Y POSIBLES SOLUCIONES?

Para la Procuraduría General de la nación, existen dos tipos de problemáticas en materia pensional:

A) La que se ha generado por la ineficiencia administrativa para decidir en tiempo y en derecho las solicitudes pensionales lo que está ocasionando gran detrimento patrimonial y,
B) **La baja cobertura de nuestro sistema pensional.**

A)LA PROBLEMÁTICA PRODUCTO DE LA INEFICIENCIA ADMINISTRATIVA, se ve claramente reflejada en la misión preventiva, de intervención y disciplinaria que le corresponde cumplir a la PGN, a donde permanentemente llegan miles de solicitudes y quejas contra las principales instituciones encargadas de efectuar los reconocimientos y pagos de las pensiones, para que el Ministerio Público haga cumplir la Constitución, la ley y para que se respeten y acaten los precedentes jurisprudenciales contenidos en Leyes y fallos de Constitucionalidad de esta misma Corte.

Las quejas tienen que ver con los siguientes temas principalmente:

[9] Cfr. Sentencia T-075 del 31 de agosto de 2008. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

1. Ineficiencia administrativa de las entidades para tomar decisiones oportunas en derecho y en vía gubernativa.
2. Morosidad en los reconocimientos, en las inclusiones en nómina y pagos. incumplimiento en los plazos legales.
3. No aplicación de los regimenes especiales en cumplimiento de las normas de transición que aún subsisten **en virtud del Acto Legislativo 1 de 2005**.
4. Necesidad de interponer tutelas y demandar para conseguir el reconocimiento de un derecho.
5. Conflictos entre el régimen de ahorro individual y el de prima media.
6. Incumplimiento de los fallos lo que origina desacatos, nuevas tutelas, embargos y procesos ejecutivos.

El detrimento patrimonial y grandes pérdidas al erario, son ocasionados por estas irregularidades.

ESTA PROBLEMÁTICA TRAE COMO CONSECUENCIA UN GRAVE DETRIMENTO PATRIMONIAL QUE SE EVIDENCIA EN:

1. Incrementos en los costos y encarecimiento del presupuesto.
2. Gran judicialización, miles de demandas y tutelas.
3. Congestión de todo el aparato judicial.
4. Ineficiencia administrativa y congestión en las entidades.
5. Pago de intereses corrientes y de mora, agencias en derecho, abogados.
6. Se fomenta la corrupción.
7. Violación de derechos fundamentales.

DECIDIR EN TIEMPO Y EN DERECHO SIGNIFICA:

1. Credibilidad en la administración pública y en la función administrativa. Se cumplen los principios de moralidad, economía, igualdad, eficacia, celeridad, imparcialidad, entre otros, del estado social de derechos. Habría seguridad jurídica, confianza legítima, respeto por la cosa juzgada en materia pensional.
2. Se evitaría la alta judicialización y congestión del aparato judicial.
3. Se ahorrarían enormes recursos y dinero al estado.
4. Se evitaría el detrimento patrimonial y corrupción.
5. Se protegerían derechos fundamentales.

B) **LA PROBLEMÁTICA PRODUCTO DE LA BAJA COBERTURA PENSIONAL.** Es de todos conocidos, que el desempleo, el subempleo, las formas atípicas de vinculación laboral o desregulación del mercado de trabajo,

la evasión al sistema de seguridad social y la informalidad que afecta a nuestro país, impactan en forma negativa y dramáticamente los derechos a la seguridad social, en especial, el derecho a una pensión por falta de afiliación y cotización al sistema.

Igualmente**,** la tendencia creciente de que la pensión es solo un asunto individual y macroeconómico, no un derecho fundamental que protege contra las contingencias de la vejez, invalidez y la muerte, ha llevado a hacer prevalecer otros intereses sobre los derechos a una vejez digna y protegida.

No son los derechos legítimamente adquiridos por menos de 1.100 altos dignatarios del Estado, quienes están evitando la ampliación de cobertura en materia pensional en Colombia (a septiembre de 2012 son 1.011: 626-Congresistas; 285 en Cajanal, incluidos 11 expresidentes incluidas las sustituciones y, 99 del ISS). Son pensionados de más de 25 smlm que en cumplimiento de normas Constitucionales, legales, fallos reiterados, fueron pensionados por los diferentes organismos del Estado por edad y tiempo de servicios prestados y/o cotizados. Las raíces de la baja cobertura hay que atacarlas promoviendo el trabajo digno y decente como mandan la Constitución y los organismos internacionales de los cuales Colombia es miembro y generando pensiones universales a quienes no pueden cotizar al sistema de Seguridad Social.

Como se dijo inicialmente, la grave problemática colombiana en cuanto a su Sistema Pensional, se ve claramente reflejada no sólo en la limitada cobertura, sino en los vejámenes, dilaciones, judicializaciones a que son sometidos los peticionarios por parte de las diferentes entidades encargadas de efectuar los reconocimientos y pagos de las pensiones, especialmente ISS y CAJANAL, reemplazadas ahora por COLPENSIONES Y UGPP que ahora tampoco le están cumpliendo a los afiliados; al afiliado en muchos casos se le considera indigno de sus derechos y se les sataniza por reclamarlos, sobre todo, si son derivados de un régimen especial o de transición y así sean las pensiones de salario mínimo, de invalidez o de sustitución, el vía crucis es igual .
A las Cortes les correspondió interpretar el régimen de transición de acuerdo con el Estado Social de Derecho y principios citados (inescindibilidad, progresividad, ultractividad). De ahí, que funcionarios que se desempeñan en Altas Cortes, actúan en Altas Cortes (Art. 280 CP) y Congresistas que ingresaron posteriormente a 1994 no tenían que estar vinculados a esos cargos antes de la Ley 100 de 1993 (hay amplia jurisprudencias y normas al respecto).

Para el caso de los funcionarios de la Rama judicial y Ministerio Público, existen normas especiales desde la Ley 50 de 1886, la Ley 16 de 1968, el Decreto 902 de 1969, el Decreto 546 de 1971 y abundante jurisprudencia que consagran el régimen pensional de estos funcionarios.

De otra parte, el mismo gobierno en atención a los regimenes especiales, expidió el Decreto 314 de 1994 estableciendo en el Artículo 3 la viabilidad de superar los limites de la base de cotización y el monto de las pensiones, cuando se trate de servidores públicos que en virtud de leyes preexistentes tienen derecho a pensiones superiores a los 25 smlm, lo que permite que los Congresistas y Magistrados de Altas Cortes, puedan superar el limite de cotización obligatoria establecida en Ley 100 de 1993, artículo 18, modificado por el Artículo 5 de la Ley 797 de 2003.

Para los Magistrados de altas Cortes, Ministerio Público, Fiscales, Registrador y otros funcionarios públicos, año tras año el gobierno expidió sucesivos decretos desde 1994 inclusive hasta 1998: El 104 de 1994, el 47 de 1995, el 34 de 1996, el 47 de 1997 y el 65 de 1998, reiterando que a Magistrados de Altas Cortes y corporaciones de justicia se les reconocen derechos pensiónales iguales que a Senadores y Representantes. Luego el Gobierno en 1999 expidió el Decreto 043 de 1999 que en su Artículo 25 disponía que para obtener el derecho pensional, a 1 de abril de 1994 se debía estar desempeñando el cargo en propiedad y cumplir las condiciones previstas por el inciso 2º. del Artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Este Decreto 043 de 1999 en los Artículos 25, 27 y 28 fue declarado nulo por el Consejo de Estado en sala plena el 18 de noviembre de 2002, por establecer nuevos requisitos no establecidos en normas superiores.

De otra parte, previamente, en sentencia de agosto 31 de 2000, expediente 16.717, la Sección Segunda de la corporación, de la cual fui Consejero Ponente, al resolver la acción pública de nulidad dirigida contra el Decreto Reglamentario 813 de 1994, que en unos de sus apartes expresó: “El régimen anterior al cual se encuentren afiliados” exigido en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede ser entendido como sinónimo de vínculo laboral vigente fue declarado nulo porque…”El régimen anterior al cual se encuentren afiliados hace referencia a servicios prestados o cotizados antes de la entrada en vigencia del régimen establecido en la Ley 100 de 1993, no al vínculo laboral vigente en ese momento”.

La Procuraduría General de la Nación, en consideración a que las normas y los citados fallos del Consejo de Estado no se cumplían, expidió la CIRCULAR 042

DE 2004 instando a las entidades a cumplir con los regimenes especiales y evitar tanta judicialización de las pensiones en Colombia. Igual me tocó hacerlo a mí con la CIRCULAR 054 DE 2010.

Por supuesto que debe haber sostenibilidad financiera pero no a costa de derechos adquiridos o en tránsito de adquisición en cumplimiento del parágrafo 4 del Acto Legislativo No. 1 de 2005. Ya los regímenes “privilegiados” se acabaron con este acto legislativo. Las personas que aún quedan cobijadas, son fruto de la transición de la misma ley 100 de 1993 y del propio Acto Legislativo. A 31 de diciembre de 2014: quien no consolidó su derecho pasa al régimen general y la edad será a partir de 2014, de 62 años hombres y 57 mujeres. Lo único que queda exceptuado es el régimen del presidente de la república y de fuerzas armadas.

El fallo que se profiera por esta corporación no puede ser contrario al propio acto legislativo. No puede ser sólo en equidad y por sostenibilidad financiera. Alguna reforma que proyecte hacer el gobierno, no puede ser sólo aduciendo temas económicos o en privatizar el sistema de pensiones; el tema pensional debe ser integral, concierne a toda la sociedad sean o no asalariados, a los empleadores, trabajadores y al estado en general.

El ahorro individual no es la panacea, ni la solución, lo hemos visto en otros países y hemos revisado informes de expertos sobre el tema:

Las reformas realizadas en otros países como Inglaterra (1988) que permitió ahorro individual ante la crisis del sistema estatal, no fueron afortunadas de tal manera que en 2004 más de 200.000 personas regresaron al sistema estatal. En América latina se emprendieron reformas privatistas que tampoco fueron del todo positivas, este sistema también presenta inequidades por los altos costos administrativos y porque los recursos no alcanzan para una pensión de salario mínimo las cuales tendrá que asumir el estado, por eso las contrarreformas que se dieron en Chile y Argentina.

En Estados Unidos (uno de los países más desarrollados del mundo) el gobierno Bush pidió privatizar las pensiones y expertos como el Nóbel de economía Joseph E. Stiglitz, señalaron que ese no era el camino porque el sistema de capitalización depende del rendimiento de las acciones las cuales no ofrecen garantías reales.

En Colombia el economista Eduardo Sarmiento Opina que en “países pobres, donde hay bajos ingresos y economía desformalizada, el sistema privado es inviable por cuanto, como siempre se ha planteado, el sistema de capitalización

depende de aportes altos lo que conduce a la desmotivación de los trabajadores a su afiliación". (Eduardo Sarmiento columna El Espectador 2005- citada por Mauricio Velásquez Fernández- el sistema pensional colombiano.)

Según el banco mundial: "el sistema privado es inviable en países en desarrollo, pues solamente ha alcanzado una cobertura del 20%, dejando a la población pobre y vulnerable sin acceso a un régimen pensional adecuado. para el analista lo pertinente es un sistema mixto pero inclinado a fortalecer el régimen de prima media, en el cual todos los afiliados aporten al seguro social una cotización mínima y otra destinada a una cuenta individual con el fin de mejorar la pensión". (citado por el profesor Mauricio Velásquez F.)

EN RELACIÓN CON ESTA PROBLEMÁTICA MUNDIAL, EL ACTUARIO DE LA OIT ALEJANDRO BONILLA GARCÍA MANIFIESTA: "LOS DEBATES POLARIZADOS NO PARECEN TENER MUCHO SENTIDO YA QUE LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL MUESTRA QUE TODO SISTEMA DE PENSIONES REQUIERE DE SÓLIDAS BASES ACTUARIALES, DE EFICIENTE ADMINISTRACIÓN, DEL COMPLEMENTO DE LO INDIVIDUAL CON LO COLECTIVO Y DEL CONCURSO DE LOS SECTORES PÚBLICO Y PRIVADO".

La Procuraduría General de la Nación no puede indicar cual modelo adoptar porque sería coadministrar, pero si considera que se deben abordar algunos temas que menciono a continuación:
En cualquier reforma que se proyecte, deberán eliminarse los problemas estructurales de ambos regimenes, fortalecer el régimen de prima media, determinar que los Colombianos, con o sin capacidad de cotización, puedan gozar de una pensión que les garantice una vejez digna y que cubra las contingencias prestacionales y asistenciales propias de la tercera edad y de igual manera, se trabaje por la ampliación de coberturas atacando las raíces del problema. Esa sería una verdadera Seguridad Social y por supuesto, hay que cotizar por quienes tengan la capacidad de hacerlo y fomentar el ahorro.
Los aspectos fundamentales para tener en cuenta:

. **Eficiente funcionamiento de las entidades encargadas de decidir las pensiones de los afiliados:** Suficiente ilustración presentamos inicialmente sobre la situación de las entidades reconocedoras de pensiones en Colombia, la alta judicialización, el costo de las demandas, la negativa a cumplir los fallos, los no reconocimientos oportunos, todo lo cual causa detrimento patrimonial y viola derechos fundamentales de toda una población que luego de más de 20 años de servicio al Estado y más de 55 o 60 años de edad, queda sin ingresos y sin salud porque tiene que tutelar, demandar y esperar cualquier número de

años para un reconocimiento pensional; casos vemos en la PGN en que el afiliado muere y sigue la viuda(o) e hijos esperando le cumplan con la pensión de sobrevivientes. Casos en que se interponen varias demandas y tutelas que tampoco se cumplen. Será que con postergar el reconocimiento del derecho, incumplir las normas, no acatar los fallos o esperar a que se muera el afiliado se generan ahorros? O estas situaciones le dan puntos a Colombia en el sector financiero? O será una vergüenza en un Estado Social de Derecho como el nuestro? Rebajar unas pensiones altas mejorará el poder de decisión en vía gubernativa de otros miles de afiliados o se les cumplirá a quienes llevan años esperando les resuelvan su derecho?

De igual forma, se suprimen y liquidan entidades, se crean otras, se crean patrimonios autónomos y la situación peor cada día; así lo evidenciamos: El afiliado divaga de un lugar a otro buscando donde quedó el expediente y volviéndose más vulnerable cada día, esperando al final de sus años un derecho.

. **Generación de Trabajo Decente y afiliación al Sistema de Seguridad Social; cumplimiento del fallo C-614 de 2009:** Ya el país conoció una investigación que realizó la Procuraduría al respecto. Es urgente seguir trabajando en políticas públicas para la generación de empleo formal y trabajo decente, con lo cual se vería favorecido el Sistema de Seguridad Social. Se requiere igualmente, dar cumplimiento a la Sentencia C- 614 de 2009 de la Corte Constitucional relacionada con la reiterada suscripción de contratos de prestación de servicios para desarrollar funciones permanentes en las entidades públicas, lo cual ocasiona grandes demandas y detrimento patrimonial. Se requiere igualmente, dar cumplimiento al Artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 y su Decreto Reglamentario 2025 de 2011, sobre la prohibición de tercerizaciones laborales.
La formalización laboral es la más eficaz forma de construir una pensión.

. **Pensiones Asistenciales para personas mayores sin Capacidad Económica-** Adicional a las pensiones contributivas, es necesario garantizar por parte del Estado Colombiano los principios de universalidad, solidaridad, integralidad, eficiencia, entre otros principios constitucionales y legales, con el fin de ampliar coberturas no sólo a quienes tengan capacidad de pago para cotizar al Sistema de Seguridad Social, sino también para cubrir las contingencias de vejez, invalidez y sobrevivencia de los adultos mayores sin capacidad económica y que el Estado les garantice una vejez digna, acorde con nuestro Estado Social de Derecho; más si tenemos en cuenta que nuestra población envejece a pasos agigantados.

. **Sistema de Información:** Para el Sistema Integral de Seguridad Social es fundamental contar con un sistema de información sólido, que contenga una base de datos segura, confiable, transparente y actualizada con el fin de garantizar oportunamente los derechos fundamentales de los colombianos, evitar la elusión y la evasión, evitar las pensiones irregulares y preservar la defensa del patrimonio público.

. **Derechos Adquiridos y Sostenibilidad Financiera del Sistema Pensional:** Aspectos jurídico tratados ampliamente en esta presentación: La solución está en recortar derechos adquiridos, ni sacrificar el Régimen de Prima Media; Hay mecanismos de racionalización como gravarlas; pagar sobre los factores no cotizados como lo han dicho múltiples fallos del Consejo de Estado y para lo cual ya Cajanal estaba cobrando; cotizar más en estos casos, por decir algunos ejemplos, pero no equipararlas en su naturaleza a una pensión de ahorro individual porque así, no fueron creadas jurídicamente.

A la pregunta sobre si **¿CONOCE O HA REALIZADO ALGÚN ESTUDIO SOBRE EL IMPACTO MACROECONÓMICO DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE CONGRESISTA?** Respondemos lo siguiente:
La Procuraduría General de la Nación realizó la investigación **“PENSIONES: EL COSTO DE LAS DEMANDAS”.**

Los millares de quejas que llegan al Ministerio Público, impuso la necesidad de realizar una investigación sobre el costo de la judicialización en materia pensional en Colombia, tomando como referente a las dos mayores entidades públicas encargadas de cumplir con sus obligaciones constitucionales y legales como son el ISS y CAJANAL, y así conocer los efectos para el patrimonio público, para las entidades y afiliados, lo que cuesta la gran judicialización que padecen las dos más grandes entidades encargadas de reconocer las pensiones del régimen de prima media con prestación definida, como lo son el Instituto de Seguro Social – ISS y la Caja Nacional de Previsión – CAJANAL.
La investigación que se dio a conocer al país el año pasado, fue realizada por el CENTRO DE INVESTIGACIONES PARA EL DESARROLLO (CID)-Universidad Nacional de Colombia, en Convenio con el INSTITUTO DE ESTUDIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO (IEMP) de la Procuraduría General de la Nación y constituye un valioso aporte para que el gobierno, organizaciones, economistas que defienden los regimenes privados, ciudadanía en general y medios de comunicación conozcan cuanto le cuesta al Estado negar en vía gubernativa un legitimo derecho que fue consagrado desde mucho antes de la Reforma a la Seguridad Social de la Ley 100 de 1993, pero que sigue vigente en virtud de la figura de la Transición consagrada en el Artículo 36 de dicha

norma y el Acto Legislativo 1 de 2005, ya que en materia pensional, como reiteradamente lo ha sostenido la propia Corte Constitucional: **“ La sustitución de una norma por otra exige la necesidad de un régimen de transición. La existencias de normas transitorias es indispensable en la legislación sobre seguridad social en pensiones porque hay derechos en vía de adquisición”.** (T-235 de 2002).

El libro está concebido como una herramienta de trabajo en estos momentos en que desde diferentes estamentos y medios de comunicación se viene atacando a los portadores de legítimos derechos adquiridos y se responsabiliza a los pensionados y afiliados de regimenes especiales por la transición, como los causantes del detrimento al patrimonio público y no se mira el costo de las miles de demandas que se ocasionan contra las entidades encargadas de reconocer pensiones, porque las decisiones administrativas se dilatan en el tiempo y no cumplen los postulados constitucionales, legales y precedente jurisprudencial (Ley 1395 de 2010 y Nuevo Código Contencioso Administrativo.

Los interrogantes y respuestas que contienen esta investigación plantean tres aspectos muy importantes: 1- **CUANTO ES EL MAYOR VALOR A PAGAR POR PARTE DE LA NACIÓN.** 2- **CUANTO CUESTAN LOS PROCESOS JUDICIALES PENDIENTES. 3- CUANTO LE CUESTA AL PENSIONADO DEMANDANTE SU DEFENSA JUDICIAL.**

Todo se origina según este estudio, porque “la aplicación del régimen de transición en pensiones fue inadecuado en la vía gubernativa y condujo al proceso de judicialización, con las respectivas congestiones administrativas y judicial. El origen de este proceso fue el desconocimiento del régimen de transición y la negativa a aplicar las normas correspondientes, al parecer con el propósito de evitar los sobrecostos que hoy se están haciendo realidad, incrementados al 77% por el proceso de la judicialización”.

“Dada la actual situación de acumulación de demandas y de represamiento en la respuesta administrativa que deberá conducir a nuevas demandas, se hace necesario implementar acciones en tres niveles: en la vía gubernativa, en la descongestión judicial y en la defensa judicial frente a situaciones extraordinarias.

En mi calidad de Procurador General de la Nación y en cumplimiento de las obligaciones Constitucionales y legales que me asisten, nos hemos propuesto, entre las muchas tareas que hemos venido desarrollando, una constante vigilancia a CAJANAL en Liquidación, a la nueva entidad que la reemplazó- la UGPP-, al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, hoy en liquidación, a

COLPENSIONES, con el fin de que se garantice a miles de Colombianos, su reconocimiento pensional y la eficiente continuidad en la prestación de los servicios.

De otra parte, la Procuraduría, además de sus funciones disciplinarias y de intervención ante la rama judicial, ha venido realizando toda una serie de funciones preventivas, promoviendo foros, realizando intervenciones, expidiendo directrices, circulares y efectuando constantes llamados al Gobierno Nacional, a través de sus Ministerios y de los representantes de las entidades encargadas del manejo del régimen de prima media, para que aborden de inmediato la implementación de soluciones que garanticen, respeto de los derechos adquiridos, se acabe con la judicialización y que se efectúen los reconocimientos en derecho, con eficacia, eficiencia y celeridad en el trámite pensional; todo lo cual es indispensable para garantizar los derechos fundamentales y la sostenibilidad financiera.

Así mismo, para evitar mayores judicializaciones y detrimento patrimonial, hemos venido promoviendo conciliaciones para que el derecho pensional, se ajuste a los términos y condiciones señalados en la Constitución- Acto Legislativo 1 de 2005, a las normas y a los reiterados precedentes jurisprudenciales, consagrados en la Ley 1395 de 2010 y en el nuevo Código Contencioso Administrativo- Ley 1437 de 2011.

Por todas las razones jurídicas expuestas por la Procuraduría General de la Nación, ES CLARO QUE NO PUEDE EXISTIR TENSIÓN ENTRE DERECHOS ADQUIRIDOS Y SOSTENIBILIDAD FISCAL, por lo tanto, considera que la H Corte Constitucional debe declararse inhibida para volver a pronunciarse sobre el Artículo 17 de la Ley 4 de 1992.

Cordialmente

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO
Procurador General de la Nación