



Honorables Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL

1

M.P. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
E. S. D.

REF: Expediente D-9537

Demanda de inconstitucionalidad en contra de la expresión “y el monto de la pensión de vejez” contenida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 “Régimen de transición”.

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN, actuando como ciudadano y **Coordinador del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá**; identificado como aparece al pie de mi firma, vecino de Bogotá, dentro del término legal según auto de marzo 22 de 2013, de conformidad con lo establecido en el artículo 242 numeral 1 y el Decreto 2067 de 1991, presentamos la siguiente intervención ciudadana con respecto a la demanda de la referencia y en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución de Colombia de 1991.

ANTECEDENTES

El ciudadano **SALVADOR RAMIREZ LÓPEZ**, presenta demanda con radicado No. D-9737 mediante la cual pretende se declare la exequibilidad condicionada de la expresión “y el monto de la pensión de vejez” contenida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 “Régimen de transición”, con fundamento en la interpretación que el Consejo de Estado ha trazado como línea jurisprudencial con respecto de la norma anteriormente citada.

La Corte Constitucional admitió la demanda bajo radicado D-9537 y dispuso su fijación en lista por el término de ley, dentro del cual nos encontramos y presentamos la siguiente intervención.

FUNDAMENTOS DE LA INTERVENCIÓN

El accionante demanda la expresión contenida en el artículo 36 de la Ley 100 “*y el monto de la pensión de vejez*”, pero no porque la misma transgreda algún precepto constitucional directamente, si no por la interpretación que ha realizado el Consejo de Estado de la palabra “monto” mediante sentencias, toda vez que; esa corporación judicial sentó jurisprudencia con respecto de cuál es el ingreso base que se debe tener en cuenta para liquidar la pensión de vejez, y esto lo deprecó debido a la flagrante antinomia que se observa entre el inciso segundo y el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100.

I. LAS INTERPRETACIONES DE LOS OPERADORES JURÍDICOS Y LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Partiendo de lo anterior, es importante observar si la Corte Constitucional debe realizar el análisis con respecto de interpretaciones que realicen los operadores jurídicos de una norma en especial. Aterrizando jurisprudencialmente el tema bajo estudio, la Honorable Corte Constitucional, con ponencia del Dr. Rodrigo Escobar Gil, C-426 de 2002, se expresó en los siguientes términos:

2

“...3.8. No obstante, también este alto Tribunal ha admitido que por vía de la acción pública de inexequibilidad se puedan resolver los conflictos atinentes a la interpretación de las normas jurídicas, cuando aquellos "está[n] involucrando un problema de interpretación constitucional" y el mismo se origina directamente en el texto o contenido de la disposición impugnada. El hecho de que a un enunciado normativo se le atribuyan distintos contenidos o significados, consecuencia de la existencia de un presunto margen de indeterminación semántica, conlleva a que la escogencia práctica entre sus diversas lecturas trascienda el ámbito de lo estrictamente legal y adquiera relevancia constitucional, en cuanto que sus alternativas de aplicación pueden resultar irrazonables y desconocer los mandatos superiores.

3.9. Ciertamente, conforme al criterio hermenéutico fijado por la jurisprudencia de la Corporación, si una preceptiva legal puede ser interpretada en más de un sentido por parte de las autoridades judiciales que tienen a su cargo la aplicación de la ley, y alguna de ellas entra en aparente contradicción con los valores, principios, derechos y garantías que contiene y promueve la Constitución Política, corresponde a la Corte adelantar el respectivo análisis de constitucionalidad con el fin de establecer cual es la regla normativa que, consultando el espíritu del precepto, en realidad se ajusta o se adecua a la Carta Política...”
(Negrillas y Subrayas fuera de texto)

Como se puede observar, la jurisprudencia constitucional ha establecido que es viable el estudio de constitucionalidad de una norma, por parte de la Corte, **cuando se pueden generar diferentes interpretaciones con relación a una norma legal y de lo cual se desprende un inminente choque entre disonantes posturas que realicen los funcionarios encargados de administrar justicia en Colombia**, es decir; que en esos casos especiales le compete al tribunal constitucional supremo establecer la interpretación que se ajusta completamente a los principios, valores y preceptos de la Constitución Política.

II. LA RAZÓN DE SER DE LAS INTERPRETACIONES CONTRARIAS.

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se da inicio a la aplicación de la tesis de la **armonización**, esto es, al desmonte gradual de los regímenes pensionales especiales eliminando las condiciones preferenciales en ellos contenidas; es por esto que el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993 crea el régimen de transición señalando qué aspectos de los regímenes anteriores se respetarán y cuáles no, generando la discusión en la interpretación de la norma.

Para pensionarse por vejez, es necesario cumplir en el régimen de prima media, al cual afecta la norma atacada, la edad y el tiempo señalado en la norma que consagra el régimen especial o tradicional; pero adicionalmente para proceder a la liquidación y pago de la mesada pensional, es decir, para definir el monto a pagar, es necesario contar con un ingreso base de liquidación y un porcentaje a aplicar a dicho ingreso, por lo que en resumen decimos que para pensionarse es necesario identificar lo siguiente:

- a) Cumplimiento de la edad
- b) Cumplimiento de las semanas o tiempo de servicio
- c) Identificación del ingreso base de liquidación
- d) Identificación del porcentaje o tasa de retorno a aplicar.

Al dar lectura al Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en su inciso segundo, señala que las condiciones de edad, tiempo de servicio o semanas y **el monto de la pensión**, serán respetados para quienes ingresen al régimen de transición, pero a renglón seguido al dar lectura al inciso tercero de la misma norma, señala que el ingreso base para liquidar la pensión para quienes les falte menos de 10 años para adquirir el derecho, será el tiempo que les hiciere falta. Esta disposición complementaria lo que busca es armonizar, desmontar e igualar, el ingreso base de liquidación a un solo concepto, pues antes de la Ley 100 de 1993, se contaba al menos con tres formas distintas de calcular el ingreso base de liquidación y el monto de la pensión, a saber:

- a) Para trabajadores particulares, el promedio de lo cotizado en los dos (2) últimos años y a ello se le aplica una tabla de porcentajes según las semanas cotizadas entre el 65% y el 85%
- b) Para los empleados públicos con ley 33/85, el promedio de lo cotizado en el último año y a ello se le aplica el 75%
- c) Para algunos regímenes públicos especiales, el valor del salario más alto devengado en el último año de servicios y a ello se le aplica el 75%

Así las cosas cabe entonces preguntarse si cuando se habla de **MONTO DE LA PENSIÓN**, se refiere solamente al porcentaje o tasa de retorno a aplicar independientemente del ingreso base de liquidación, o el concepto **MONTO** es el resultado de la conjunción de ambos criterios, ingreso base de liquidación y el porcentaje a aplicar. En nuestro criterio coincidimos con el Consejo de Estado, en cuanto el monto se obtiene de la unión de ambos criterios, por lo que la interpretación que ha de dársele a la norma es la más favorable por aplicación del principio “in dubio pro operario”.

III. INTERPRETACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO DE LA PALABRA MONTO.

Partiendo de lo expuesto ut supra, es de afirmar que la interpretación que ha realizado el Consejo de Estado del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 ha sido línea jurisprudencial que no ha variado a través de los años, toda vez que; la máxima corporación de la jurisdicción de lo contencioso administrativo al momento de resolver acciones de nulidad y restablecimiento del derecho siempre **ha manifestado en sus consideraciones que el inciso aplicable para determinar el ingreso base liquidación de las pensiones de vejez debe ser el inciso segundo del artículo 36 de la norma citada, lo anterior en virtud del principio de favorabilidad, es decir, aplicando el principio constitucional de favorabilidad**; esto es, que para efectos de liquidar la pensión de una persona favorecida con el régimen de transición, se debe analizar en su conjunto el ingreso base de liquidación y el porcentaje de tasa de retorno señalado en la norma anterior que se le aplica beneficiosamente y no solo

aplicar el porcentaje de la norma anterior, pero sobre una base de liquidación nueva, ya que esto rompe la UNIDAD NORMATIVA.

IV. INTERPRETACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA PALABRA MONTO.

La Corte suprema ha hecho una interpretación restrictiva y ha establecido que la palabra monto refiere al porcentaje de la tasa de reemplazo aplicar en cada caso.

4

Por lo que la Corte Suprema ha sentado en su jurisprudencia y por lo anterior en su jurisprudencia ha señalado que el artículo 36 ingreso base de liquidación debe tomarse de como se establece el numeral 3 del artículo 36 de la ley 100, obsérvese los contenidos generales de las siguientes sentencias.

Según la Corte Suprema en Sentencia 3930 de 2011 Corte Suprema de Justicia:

El monto de la pensión, es decir el porcentaje al que se le tiene que aplicar el ingreso base de liquidación, es el previsto en la norma anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. El Ingreso Base de Liquidación de los beneficiarios del régimen de transición, cuando les faltare menos de diez años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en ese lapso, es decir, el comprendido entre la entrada en vigencia la Ley 100 y el momento en que cumplan los requisitos para la pensión.

La Corte Suprema en Sentencia 39103 de 2011 afirmo que:

El ingreso base de liquidación que debe tenerse en cuenta, es el previsto por el inciso 3 del artículo 36; es decir, el promedio de lo que devengó durante el tiempo que, al 1o de abril de 1994, le hacía falta para adquirir el derecho a la pensión de vejez.

La Corte Suprema en Sentencia 38481 de 2011 estableció así mismo lo siguiente:

El Ingreso Base de Liquidación de las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición y que les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho ha sostenido en términos generales que:

Existen dos posibilidades para el cálculo del ingreso base de liquidación de la pensión de vejez de quienes se encuentran en régimen de transición y que les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, bien tomando el promedio de lo devengado en el tiempo que hiciere falta para adquirir el derecho, o acudiendo al promedio de lo cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior. En ambos casos actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Y para terminar en Sentencia 37123 de 2011 la Corte Suprema de Justicia concluyo que el Ingreso Base de Liquidación de las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición y que les faltare más de 10 años para cumplir el requisito se liquidara de la siguiente manera:

Cuando al asegurado le faltaban más de 10 años para cumplir el requisito de edad para acceder a la pensión, se debe aplicar el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el cual establece que el ingreso base para liquidar las pensiones previstas en dicha normatividad corresponde al promedio de los salarios sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizado anualmente con base en el índice de precios al consumidor.

V. POSICIÓN INTERNACIONALISTA Y CONSTITUCIONALISTA

Siendo así las cosas, se vislumbra que sí se accede a lo que pide el demandante estaríamos a más de ir en contra de los principios constitucionales, se establece que la Corte debe utilizar los criterios de proporcionalidad o razonabilidad en la medida que la razón jurídica de los mismos es la de mantener las decisiones de los poderes públicos lejos de la arbitrariedad cumpliendo así con el principio constitucional de la imparcialidad. Y su necesidad radica en que muchas veces la ley y la constitución tiene vacíos o hechos no regulados o enfrentamiento de principios, valores y normas entonces es por medio de estos criterios que lograremos resolver estos predicamentos de una forma imparcial.

Principio de proporcionalidad o razonabilidad ha sido definido por el profesor Javier Barnes¹ como:

“El principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser “susceptible” de alcanzar la finalidad perseguida, “necesaria” o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles —ley del mínimo intervencionismo—) y “proporcional” en sentido estricto, es decir, “ponderada” o equilibrada por derivarse de aquélla más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades.

Este examen requiere que se realice una interpretación teleológica del derecho fundamental a partir del bien jurídico protegido y su función en el sistema de los derechos, a modo de encontrar la armonización con los demás derechos y no de hacerlos entrar en conflicto. De este modo, el juez evaluará si la ley en cuestión altera el ejercicio de un derecho fundamental. Una norma puede atravesar todos los juicios anteriores, pero violar la garantía de la inalterabilidad de los derechos.

Una norma así no puede convivir en el ordenamiento jurídico, y el juez debe declarar su irrazonabilidad e inconstitucionalidad².

De lo anterior tendríamos que la razonabilidad hace relación a que un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad. Porque tanto en la producción de actos administrativos como de fallos judiciales este elemento sirve

¹ Javier Barnes, “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, núm. 135, septiembre-diciembre 1994, p. 500.

² Sapag Mariano a. El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado. Universidad de la sabana diciembre de 2008

para que la decisión sea más justa y conveniente para que esta sea realizada correctamente se tiene en cuenta que el fin no sólo sea legítimo sino, también, constitucionalmente importante, en razón a que promueve intereses públicos valorados por la Carta o en razón a la magnitud del problema que el legislador busca resolver y que el medio, no sólo sea adecuado, sino efectivamente conducente a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial.

6

No consideramos que existan razones válidas que justifiquen una aplicación diferente de la misma norma a personas en situaciones similares, esto es, a quienes se encuentran beneficiados del régimen de transición y que tal aplicación dependa exclusivamente de la jurisdicción a la que corresponda resolver los debates judiciales, pues si se trata de un empleado público que acude a la jurisdicción contencioso administrativa tendrá la posibilidad que su pensión sea **liquidada con un MONTO que incluye el ingreso base de liquidación y el porcentaje de retorno que señale la norma especial**, pero si estamos frente a un trabajador particular o trabajador u otro servidor que por la naturaleza de su vínculo debe acudir a la jurisdicción ordinaria laboral, se vea sometido a una interpretación diferente del MONTO de su pensión, donde **solo tiene derecho al porcentaje de su norma especial pero sobre una base de liquidación consagrado en la nueva Ley 100 de 1993.**

Si ambos trabajadores, indistintamente de su naturaleza laboral, hacen parte del régimen de transición, el beneficio contenido en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es que se apliquen en forma INTEGRAL y UNIFICADA las condiciones pensionales contenidas en el régimen al cual se encontrare afiliado antes de abril 1 de 1994 y no que a unos se les interprete la norma con favorabilidad y a otros se les aplique el criterio restrictivo y desfavorable.

A MANERA DE CONCLUSIÓN.

Para corroborar lo anteriormente expresado, nos permitimos hacer referencia a una sentencia expedida por el Consejo de Estado, donde se establece la interpretación de la norma acusada:

1) “... cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas, aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe un conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones, la norma así acogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso o crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador...

...En armonía con lo anterior, concluye la sala, el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, consagró el régimen de transición, consistente en que, las personas que cumplan las hipótesis allí previstas, en cuanto a edad,

tiempo de servicio y monto de la pensión, se les aplica en su integridad el régimen anterior que las regula y beneficia. Si se aplica el inciso tercero del mismo artículo 36 de la citada ley, para establecer la base de liquidación de la pensión, se escinde la ley, pues la normatividad anterior (Ley 33 de 1985) señala la forma de liquidar la pensión, se desnaturaliza el régimen, y se dejaría de aplicar el principio de favorabilidad de la ley en los términos ya indicados...³ (Negrillas fuera de texto).

7

Partiendo de lo expuesto en los acápites anteriores, el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional solicita a la H. Corte Constitucional que declare exequible la norma acusada, **condicionándola en el sentido que se debe aplicar el principio de favorabilidad por in dubio pro operario al momento de interpretar el texto, y en consecuencia entender que la expresión “monto de la pensión” incluye no solamente el porcentaje a aplicar como tasa de retorno, sino también el ingreso base de liquidación contenido en la norma especial que se le aplica para concederle la pensión.**

En los anteriores términos dejamos rendida nuestra intervención de acuerdo con lo establecido por la Constitución y la ley.

De los señores Magistrados, atentamente,

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN

C.C. 79356668 de Bogotá.

Coordinador Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

Calle 8 5-80, Segundo Piso. Cel. 3153465150. Correo: jkbv@hotmail.com

³ Consejo de Estado, MP. DR. Alejandro Ordoñez Maldonado, Exp: 03055-2004-00