

**POTESTAD REGLAMENTARIA – Presidente de la Republica / NORMAS LEGISLATIVAS – No pueden ser regulados mediante decretos reglamentarios ni resoluciones / NORMAS CON RANGO DE LEY – Leyes expedidas por el Congreso, decretos con fuerza de ley y decretos leyes /**

Los asuntos reservados a las normas legislativas no pueden ser regulados mediante decretos reglamentarios ni resoluciones. En nuestro ordenamiento constitucional, de manera general, se ha contemplado dicha reserva para: (i) los derechos fundamentales, en el artículo 152 superior, y (ii) para otros asuntos, en los casos en que las normas constitucionales lo dispongan textualmente. En consecuencia, las prescripciones normativas que regulen materias reservadas a la ley deben constar en disposiciones que pertenezcan a cuerpos normativos de rango legal, pues de lo contrario vulnerarían la Constitución. En nuestro ordenamiento jurídico las normas con rango de ley son: la leyes expedidas por el Congreso en cualquiera de sus modalidades (artículos 150, 151 y 152 C.P.), los decretos con fuerza de ley expedidos por el Ejecutivo con fundamento en normas constitucionales (artículos 212, 213 y 215 C.P.) y en las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso (artículo 150-10 C.P.) y demás decretos leyes, como los que se dictan en virtud del artículo 241 de la Constitución, entre otros. El límite constitucional de las leyes en donde se hace uso de la técnica de la deslegalización es esencialmente la figura de las reservas de ley, tanto la general en materia de derechos fundamentales, como las específicas expresadas a lo largo del texto constitucional.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 150 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 151 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 152 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 212 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 213 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 215

**CONSTITUCION POLITICA – Reserva de ley / RESERVA DE LEY – Sobre el tema que fue objeto de regulación / DERECHOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES – Sujeto a reserva de ley, no puede dejarse al ejecutivo su regulación / REGIMEN PENSIONAL – Conexidad con derechos fundamentales / PENSION DE JUBILACION POR APORTES – No se puede dar regulación mediante decretos reglamentarios / POTESTAD REGLAMENTARIA – Rebaso el ámbito sustancial de reserva de ley**

encuentra la Sala que varias normas de la Constitución Política de 1991 establecen de manera explícita una reserva de ley sobre el tema que fue objeto de regulación por parte del Gobierno Nacional en el artículo 5° del Decreto 2709 de 1994. En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha sostenido que aquellas materias inexorablemente vinculadas a los derechos constitucionales fundamentales, tales como, la vida en condiciones dignas, el trabajo, el mínimo vital, etc., se encuentran sujetas a reserva de ley, razón por la cual no puede dejarse en manos del ejecutivo su regulación. El contenido esencial del régimen pensional se encuentra en estrecha conexidad con dichos derechos fundamentales, por lo que su determinación debe realizarse a través del ejercicio de la potestad de configuración normativa del legislador, excluyendo para el efecto su fijación mediante reglamentación presidencial. Para la Sala no hay duda que el tema de los tiempos computables para los efectos relacionados con el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes, al igual que la edad, forma parte del contenido esencial del mencionado régimen pensional, por lo que las exclusiones o excepciones al mismo deben establecerse mediante normas con

rango de ley. En efecto, se trata de un asunto sustancial de la materia objeto de reserva, vale decir de los elementos básicos del régimen pensional por aportes, considerando su conexidad con los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, al trabajo, al mínimo vital y a la seguridad social, razón por la que escapa al alcance de la regulación mediante decretos reglamentarios. Nótese que en el inciso segundo del artículo 7° de la Ley 71 de 1988 el Legislador facultó al Gobierno Nacional para reglamentar “los términos y condiciones para el reconocimiento y pago” de la pensión de jubilación por aportes, pero con base en dicha autorización el Ejecutivo no podía llegar a tocar el contenido esencial del régimen pensional, determinando los tiempos de servicio que no se computarían para adquirir el derecho, pues con ello se configura una restricción o afectación a los derechos fundamentales que ya fueron mencionados y se desconoce la reserva de ley establecida en los artículos 53 y 152 de la Carta Política. A partir de lo anterior se evidencia que en la norma reglamentaria acusada el Presidente de la República rebasó el ámbito sustancial de la materia reservada, razón suficiente para declarar su nulidad.

**NORMA DEMANDADA:** DECRETO 2709 DE 13 DE DICIEMBRE DE 1994 – ARTICULO 5

### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN SEGUNDA**

**Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013).

**Radicación número: 11001-03-25-000-2008-00133-00(2793-08)**

**Actor: SABRINA SÁNCHEZ GONZÁLEZ y JUAN DAVID QUINTERO SANCHEZ**

**Contra: NACION – MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL**

**AUTORIDADES NACIONALES**

**- F A L L O -**

#### **I. ANTECEDENTES**

Decide la Sala en única instancia la acción de nulidad instaurada por los ciudadanos SABRINA SÁNCHEZ GONZÁLEZ y JUAN DAVID QUINTERO SÁNCHEZ contra la NACION – MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL.

## 1.- PRETENSIONES

En nombre propio y en ejercicio de la acción de nulidad, los señores Sabrina Sánchez González y Juan David Quintero Sánchez solicitaron la declaratoria de nulidad del artículo 5° del Decreto No. 2709 de 1994, por el cual se reglamenta el artículo 7° de la Ley 71 de 1988.

## 2.- TEXTO DE LA NORMA DEMANDADA

**DECRETO 2709 DE 1994**

**(diciembre 13)**

**Por el cual se reglamenta el artículo 7 de Ley 71 de 1988.**

**EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA,**

**en uso de sus facultades constitucionales, en especial de las conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política,**

**DECRETA:**

(...)

**Artículo 5°.-** *Tiempo de servicios no computables. No se computará como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes, el laborado en empresas privadas no afiliadas al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege.*

(...)

**Publíquese y cúmplase.**

**Dado en Santa Fe de Bogotá, D.C., a 13 de diciembre de 1994.**

**El Presidente de la República,**

**ERNESTO SAMPER PIZANO,**

**La Ministra de Trabajo y Seguridad Social,**

**MARÍA SOL NAVIA VELASCO.**

## 3.- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Los demandantes indicaron que el artículo 5° del Decreto Reglamentario No. 2709 de 13 de diciembre de 1994 vulnera los artículos 48 y 189-11 de la Carta Política, por las siguientes razones:

**3.1.- Exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria.** Argumentando que aunque en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988 el Legislador no estableció restricciones para acceder a la pensión por aportes, pues no hizo mención alguna sobre la imposibilidad jurídica para computar el tiempo servido en entidades privadas no afiliadas al ISS; el Presidente de la República excedió su facultad reglamentaria al establecer restricciones en el cómputo del tiempo de servicio para efecto del reconocimiento de la mencionada prestación. En concepto de los actores, la restricción establecida hace ilegal la norma acusada.

**3.2.- Imposición de renunciar al régimen de seguridad social.** Al respecto manifestaron que la norma acusada impone el cumplimiento de una condición imposible para aquellos trabajadores que, antes de 1966, estuvieron vinculados a entidades privadas, por cuanto para esa época el Instituto de Seguros Sociales aún no existía. Por esa vía, se los obliga a renunciar a los aportes realizados antes del mencionado año, situación que contraría lo establecido en el artículo 48 de la Constitución, según el cual el derecho a la seguridad social es irrenunciable.

#### **4.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La apoderada de la Nación – Ministerio de la Protección Social solicitó se desestimen las pretensiones de la demanda y se declare que la norma acusada se ajusta a la Constitución y a la Ley, por las siguientes razones:

##### **4.1.- Con la norma acusada no se excede la potestad reglamentaria.**

Explicó que el artículo 7° de la Ley 71 de 1998 exige de manera categórica que se acrediten veinte años de aportes efectuados en una o en varias entidades de seguridad social del sector público o en el Instituto de Seguros Sociales, es decir excluyó de contera los tiempos de servicios prestados en entidades del sector público o en empresas del sector privado, cuyos empleados no estuvieran afiliados a una entidad de previsión o al ISS.

Agregó que la acumulación de los tiempos públicos y privados permitida en la norma mencionada, tuvo como fundamento los aportes efectuados por las personas en los sistemas de aseguramiento tanto del sector público como del sector privado que los cobijaban, de tal forma que la suma de los mismos les permitiera acceder a una pensión, con cargo a dichos regímenes.

Luego de citar textualmente algunos apartes de la sentencia C-012 de 1994, señaló que al establecer en el artículo 5° del Decreto 2709 de 1994 que el tiempo *“laborado en empresas privadas no afiliadas al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege”*, no se tendría en cuenta para obtener el reconocimiento de la pensión consagrada en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, no excede la facultad reglamentaria, pues lo único que hace la disposición acusada es hacer más comprensible la norma desarrollada, pero en ningún momento establece supuestos de hecho que excedan lo regulado por el Legislador, existiendo total congruencia entre la Ley y el Decreto Reglamentario.

#### **4.2.- Ausencia de violación al derecho a la seguridad social.**

Sostuvo que la imposibilidad de computar tiempos de servicios prestados con empleadores del sector privado no afiliados al Instituto, contenida en el artículo 5° del Decreto 2709 de 1994, obedece, de un lado, a que la pensión prevista en la Ley 71 de 1988 se fundamenta en los aportes a los sistemas de aseguramiento y en el caso planteado no existen tales aportes; y, de otro, a que de conformidad con la normatividad que regulaba el reconocimiento de tales prestaciones, para su otorgamiento se exigía que la persona laborara con el mismo empleador durante un lapso mínimo de 20 años, so pena de no generar el derecho a la pensión.

A partir del contenido del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, aclaró que con anterioridad a que el Instituto de Seguros Sociales asumiera los riesgos de invalidez, vejez y muerte, el reconocimiento de las pensiones se encontraba a cargo directamente del empleador, y ello no se debía a la acumulación de aportes

o cotizaciones durante un tiempo determinado, sino al cumplimiento de los requisitos de tiempo de servicio (veinte años continuos o discontinuos en la misma empresa) y edad (55 años para hombres y 50 para mujeres) determinados en la ley.

Precisó que en éste régimen no se permitía la acumulación de tiempos de servicio prestados por el trabajador a diferentes empleadores del sector privado o con empleadores del sector público, pues se carecía de instrumentos de financiación que permitieran asegurar el pago de la pensión hacia el futuro, pues no existían aportes o cotizaciones que la respaldaran; por lo que en su concepto resulta incorrecta la apreciación de la parte actora respecto que la norma acusada conlleva la pérdida de los aportes efectuados por los trabajadores del sector privado antes de 1966, pues como se observa, en ese entonces no se efectuaban aportes para el aseguramiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, por lo que mal podrían perderse.

En el mismo sentido indicó que al asumir el Instituto de Seguros Sociales los riesgos de invalidez, vejez y muerte en los términos establecidos en la Ley 90 de 1946, para el reconocimiento de las pensiones a su cargo solo se podían tener en cuenta las semanas de cotización efectuadas al instituto, pero no se podían sumar los tiempos de servicio que los trabajadores traían para ese momento con su respectivo empleador, entre otras cosas, porque al no existir aportes o cotizaciones no había forma de garantizar financieramente el pago de tales prestaciones.

De otra parte, relató que con el fin de garantizar el derecho a la pensión de jubilación en los términos previstos por el artículo 260 del Código Sustantivo del trabajo, en el Decreto 3041 de 1966, que aprobó el Acuerdo 024 expedido el mismo año por el Instituto de Seguros Sociales, se previó la compatibilidad pensional entre el empleador y el Instituto. Dicha figura básicamente consiste en que cuando el trabajador afiliado al ISS completara los requisitos de edad y tiempo de servicios previstos en aquella norma tendría derecho a que el empleador le reconociera su pensión de jubilación, quien a su vez mantendría las cotizaciones o aportes al instituto, para que cuando el trabajador cumpliera los requisitos para

acceder a la pensión por parte de la mencionada entidad, esta se subrogara en la obligación de su pago, quedando únicamente a cargo del empleador el mayor valor de la pensión de jubilación por él reconocida, frente a la asumida por el ISS, si lo hubiere.

Si por cualquier causa el trabajador no se encontraba afiliado al ISS o el empleador no continuaba efectuando los aportes correspondientes al instituto, no operaría la compartibilidad pensional y la prestación continuaría a cargo del empleador.

La posibilidad de compartir la pensión reconocida por un empleador del sector privado solo tiene eficacia respecto de las semanas de cotización efectuadas al ISS, mas no frente a los tiempos de servicio prestados a empleadores del sector público, pues los acuerdos del instituto, dictados de conformidad con la Ley 90 de 1946, solo le son aplicables a éste.

Finalmente concluyó que no se vulnera el derecho a la seguridad social de los trabajadores que no cumplieron con los requisitos señalados en la ley para acceder a la pensión en su momento, ni se los está obligando a renunciar a un beneficio legal, pues como quedó establecido, de conformidad con el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, los tiempos de servicio de trabajadores del sector privado no afiliados al ISS solo serían computables con tiempos prestados al mismo empleador, sin que la Ley 71 de 1988 haya dispuesto cosa distinta, por lo que el Decreto Reglamentario no podía establecer condiciones diferentes, de lo contrario si se habría desbordado la potestad reglamentaria.

## **5.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

La **parte actora** reiteró íntegramente las pretensiones y fundamentos jurídicos de la demanda.

La **apoderada de la Nación – Ministerio de la Protección Social** guardó silencio.

#### **6.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado solicitó se declare la nulidad del artículo 5º del Decreto 2709 de 1994, porque en su concepto la norma acusada crea una nueva condición para tener derecho a la pensión por aportes, no prevista en la Ley 71 de 1988, con lo cual se desbordó la potestad reglamentaria.

Señaló que ni explícita ni implícitamente la norma reglamentada mencionó la posibilidad de que no se tuviera en cuenta algún tiempo de servicio, pues la filosofía del Legislador fue la de dar la posibilidad al trabajador de acumular los aportes derivados de su trabajo, tanto en el sector privado como público, para aspirar a acceder a una pensión de jubilación. Hasta la expedición de la Ley 71 de 1988 no existía la posibilidad de acumular esos tiempos de servicio.

Agregó que la norma reglamentaria demandada introdujo una condición nueva, que no se desprende en forma natural ni lógica de la disposición legal, que además genera unos efectos indeseables y contrarios a su propósito, cual es el de garantizar que, una vez cumplido el tiempo laborado y la edad requerida, el trabajador pueda disfrutar de una justa pensión.

Afirmó que el principal hecho que ha de tomarse en cuenta es el tiempo laborado, del que obviamente, en principio, deben haberse pagado los aportes correspondientes, para con base en ello tener derecho a una pensión de jubilación. Sin embargo advierte que, como se ha evidenciado en decisiones de esta Corporación, en múltiples ocasiones no se han hecho los aportes ni los descuentos correspondientes al trabajador, no por su culpa sino por la del empleador, pese a la constancia del tiempo laborado.



Bajo esta óptica estimó que el tema de los aportes puede solventarse adecuadamente, como lo ha hecho el Consejo de Estado en diversas sentencias, disponiendo que de los dineros a reconocer al trabajador se descuenten los aportes dejados de pagar y se repita contra el empleador que no los cubrió. Y cuando a ello haya lugar, ordenando que se paguen las cuotas partes pensionales correspondientes.

Por último adujo que el artículo 5° del Decreto 2709 de 1994 se refirió a “*tiempo no computable*”, mientras que el artículo 7° de la Ley 71 de 1988 se refirió a los “*aportes sufragados en cualquier tiempo o acumulados*”, lo que indica que no existió unidad temática entre lo ordenado por la ley y lo que estableció la norma reglamentaria demandada, creando además una nueva condición, con lo que desbordó dicha facultad.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1.- Problema jurídico**

El presente asunto se centra en determinar si el artículo 5° del Decreto No. 2709 de 1994, por el cual se reglamenta el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, transgrede los artículos 48 y 189-11 de la Constitución Nacional, por vulnerar el derecho a la seguridad social y exceder la potestad reglamentaria.

### **2.- Análisis de los cargos de nulidad propuestos**

#### **3.1.- Exceso de la potestad reglamentaria.**

Los actores argumentan que en el artículo 5° del Decreto No. 2709 de 1994 el Presidente de la República excedió la facultad reglamentaria, al establecer restricciones en el cómputo del tiempo de servicio para el reconocimiento de la

pensión de jubilación por aportes, aunque en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988 (norma reglamentada) el Legislador no lo hizo.

La Corte Constitucional ha definido la potestad reglamentaria como *“una facultad constitucional propia del Presidente de la República (art. 189-11 C.P.) que lo autoriza para expedir normas de carácter general destinadas a la correcta ejecución y cumplimiento de la ley”*<sup>1</sup>.

De igual manera ha advertido que dicha potestad *“...no es absoluta pues encuentra su límite y radio de acción en la Constitución y en la ley, es por ello que no puede alterar o modificar el contenido y el espíritu de la ley, ni puede dirigirse a reglamentar leyes que no ejecuta la Administración, así como tampoco puede reglamentar materias cuyo contenido está reservado al legislador. Por lo tanto, si un reglamento rebosa su campo de aplicación y desconoce sus presupuestos de existencia, deberá ser declarado inconstitucional por la autoridad competente (El Consejo de Estado, de acuerdo con el artículo 237-2 de la Constitución)”*.<sup>2</sup>

La Corte también ha señalado las características de la potestad reglamentaria, así:

*“La potestad reglamentaria tiene fundamento en lo previsto por el artículo 189-11 C.P., según el cual el Ejecutivo está revestido de la facultad para expedir decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. Esta competencia, por ende, está dirigida a determinar reglas específicas para que los distintos organismos del Estado cumplan adecuadamente con las disposiciones legislativas.*

*La potestad reglamentaria, en consecuencia, tiene naturaleza ordinaria, derivada, limitada y permanente. **Es ordinaria** debido a que se trata de una competencia adscrita por la Constitución dentro de las funciones propias de la Rama Ejecutiva, sin que para su ejercicio requiera de habilitación distinta de la norma constitucional que la confiere. **Tiene carácter derivado**, puesto que requiere de la preexistencia de material legislativo para su ejercicio. Del mismo modo **es limitada** porque “encuentra su límite y radio de acción en la constitución y en la ley; es*

---

<sup>1</sup> Sentencia C-302 de 1999; Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>2</sup> Sentencia C-028 de 1997, reiterada en la C-302 de 1999 (Énfasis fuera del texto original).

*por ello que no puede alterar o modificar el contenido y el espíritu de la ley, ni puede dirigirse a reglamentar leyes que no ejecuta la administración, así como tampoco puede reglamentar materias cuyo contenido está reservado al legislador". Por último, la potestad reglamentaria **es permanente**, habida cuenta que el Gobierno puede hacer uso de la misma tantas veces como lo considere oportuno para la cumplida ejecución de la ley de que se trate y hasta tanto ésta conserve su vigencia".<sup>3</sup>*

La jurisprudencia constitucional ha efectuado diferenciaciones entre las figuras de reserva de ley, delegación legislativa y deslegalización.

*(i) La expresión reserva de ley tiene varios significados o acepciones, en primer lugar **se habla de reserva general de ley en materia de derechos fundamentales, para hacer referencia a la prohibición general de que se puedan establecer restricciones a los derechos constitucionales fundamentales en fuentes diferentes a la ley. Sólo en normas con rango de ley se puede hacer una regulación principal que afecte los derechos fundamentales.** En segundo lugar la expresión reserva de ley se utiliza como sinónimo de principio de legalidad, o de cláusula general de competencia del Congreso, la reserva de ley es equivalente a indicar que en principio, todos los temas pueden ser regulados por el Congreso mediante ley, que la actividad de la administración (a través de su potestad reglamentaria) debe estar fundada en la Constitución (cuando se trate de disposiciones constitucionales con eficacia directa) o en la ley (principio de legalidad en sentido positivo). Y en tercer lugar, reserva de ley es una técnica de redacción de disposiciones constitucionales, en las que el constituyente le ordena al legislador que ciertos temas deben ser desarrollados por una fuente específica: la ley.*

***En este último sentido todos los preceptos constitucionales en los que existe reserva de ley imponen la obligación que los aspectos principales, centrales y esenciales de la materia objeto de reserva estén contenidos (regulados) en una norma de rango legal. Es decir, en la ley en cualquiera de las variantes que pueden darse en el Congreso de la República, decretos leyes, o decretos legislativos. Las materias que son objeto de reserva de ley pueden ser "delegadas" mediante ley de facultades extraordinarias al Ejecutivo para que sea éste quien regule la materia mediante decretos leyes. Pero las materias objeto de reserva de ley no pueden ser "deslegalizadas", esto es, el legislador no puede delegar al Ejecutivo que regule esa materia mediante reglamento,***

---

<sup>3</sup> Auto 049 de 20 de febrero de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño. Exp. D-7181.

**en desarrollo del artículo 189.11 de la Constitución. (...)**

*(ii) La figura de las facultades extraordinarias o delegación legislativa esta prevista principalmente en el artículo 150.10 de nuestra Constitución. Mediante ésta el Congreso de la República puede expedir una ley de delegación – es decir “de facultades extraordinarias” - en la que entrega ciertas materias al Presidente para que las desarrolle mediante normas con fuerza de ley, las cuales reciben el nomen iuris específico de decretos leyes. Las leyes de facultades extraordinarias pueden versar sobre todo tipo de contenido, excepto los expresamente vedados por la Constitución en el artículo 150.10 y en este sentido las materias que son objeto de reserva de ley no son la excepción. Las reservas de ley deben estar contenidas en normas con rango de ley, y el decreto ley satisface dicha exigencia<sup>4</sup>.*

Como queda visto, los asuntos reservados a las normas legislativas no pueden ser regulados mediante decretos reglamentarios ni resoluciones. En nuestro ordenamiento constitucional, de manera general, se ha contemplado dicha reserva para: (i) los derechos fundamentales, en el artículo 152 superior, y (ii) para otros asuntos, en los casos en que las normas constitucionales lo dispongan textualmente.

En consecuencia, las prescripciones normativas que regulen materias reservadas a la ley deben constar en disposiciones que pertenezcan a cuerpos normativos de rango legal, pues de lo contrario vulnerarían la Constitución. En nuestro ordenamiento jurídico las normas con rango de ley son: la leyes expedidas por el Congreso en cualquiera de sus modalidades (artículos 150, 151 y 152 C.P.), los decretos con fuerza de ley expedidos por el Ejecutivo con fundamento en normas constitucionales (artículos 212, 213 y 215 C.P.) y en las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso (artículo 150-10 C.P.) y demás decretos leyes, como los que se dictan en virtud del artículo 241 de la Constitución, entre otros<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Sentencia C-1262 de 5 de diciembre de 2005, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. (Negrilla fuera del texto original).

<sup>5</sup> Así lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-1262 de 2005.

El límite constitucional de las leyes en donde se hace uso de la técnica de la deslegalización<sup>6</sup> es esencialmente la figura de las reservas de ley, tanto la general en materia de derechos fundamentales, como las específicas expresadas a lo largo del texto constitucional.

En este caso, el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, “*Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones*”, dispuso lo siguiente:

*ARTICULO 7o. A partir de la vigencia de la presente Ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.*

*El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas.* (Subraya la Sala).

En uso de la facultad conferida por el artículo 189-11 de la Constitución y para dar cumplimiento a lo dispuesto en el inciso segundo de la norma antes citada, el Presidente de la República expidió el Decreto reglamentario No. 2709 de 13 de diciembre de 1994, en cuyo artículo 5º se estableció:

**Artículo 5º.-** *Tiempo de servicios no computables. No se computará como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes, el laborado en empresas privadas no afiliadas al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege.*

De conformidad con lo expuesto, encuentra la Sala que varias normas de la Constitución Política de 1991 establecen de manera explícita una reserva de ley sobre el tema que fue objeto de regulación por parte del Gobierno Nacional en el artículo 5º del Decreto 2709 de 1994, a saber:

---

<sup>6</sup> “ (...) entendida como posibilidad del legislador (ordinario o extraordinario) de remitir al reglamento la normación de un determinado asunto que no aparece regulado de manera sustancial en el texto legal” Sentencia C-1265 de 2005.

(i) El **artículo 53** dispone que: “El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: [La] garantía a la seguridad social (...)”.

Como puede observarse, el artículo 53 superior exige al Congreso de la República que al momento de expedir el estatuto del trabajo, regule la garantía de la seguridad social, dentro de la cual está inmerso el régimen pensional, con el alcance, contenido y prestaciones que determine la ley.

(ii) A su vez, el **artículo 152** prescribe: “Mediante leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección”.

En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha sostenido que aquellas materias inexorablemente vinculadas a los derechos constitucionales fundamentales, tales como, la vida en condiciones dignas, el trabajo, el mínimo vital, etc., se encuentran sujetas a reserva de ley, razón por la cual no puede dejarse en manos del ejecutivo su regulación<sup>7</sup>. El contenido esencial del régimen pensional se encuentra en estrecha conexidad con dichos derechos fundamentales, por lo que su determinación debe realizarse a través del ejercicio de la potestad de configuración normativa del legislador, excluyendo para el efecto su fijación mediante reglamentación presidencial<sup>8</sup>.

Para la Sala no hay duda que el tema de los tiempos computables para los efectos relacionados con el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes, al igual que la edad, forma parte del contenido esencial del mencionado régimen pensional, por lo que las exclusiones o excepciones al mismo deben establecerse mediante normas con rango de ley.

En efecto, se trata de un asunto sustancial de la materia objeto de reserva, vale decir de los elementos básicos del régimen pensional por aportes, considerando

---

<sup>7</sup> Sentencia C-432 de 6 de mayo de 2004. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

su conexidad con los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, al trabajo, al mínimo vital y a la seguridad social, razón por la que escapa al alcance de la regulación mediante decretos reglamentarios.

Nótese que en el inciso segundo del artículo 7° de la Ley 71 de 1988 el Legislador facultó al Gobierno Nacional para reglamentar “*los términos y condiciones para el reconocimiento y pago*” de la pensión de jubilación por aportes, pero con base en dicha autorización el Ejecutivo no podía llegar a tocar el contenido esencial del régimen pensional, determinando los tiempos de servicio que no se computarían para adquirir el derecho, pues con ello se configura una restricción o afectación a los derechos fundamentales que ya fueron mencionados y se desconoce la reserva de ley establecida en los artículos 53 y 152 de la Carta Política.

A partir de lo anterior se evidencia que en la norma reglamentaria acusada el Presidente de la República rebasó el ámbito sustancial de la materia reservada, razón suficiente para declarar su nulidad.

Para abundar en argumentos, ha de advertirse que en anteriores oportunidades la Sección Segunda de esta Corporación había decidido inaplicar la norma acusada, conforme a los siguientes razonamientos:

*“Respecto de qué tiempo se debe computar para efectos de la pensión de jubilación por aportes, el citado Decreto 2709 de 1994 estableció la misma restricción que traía la reglamentación anterior. Al respecto dispuso expresamente:*

***Artículo 5°. Tiempo de servicios no computables. No se computará como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes, el laborado en empresas privadas no afiliadas al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege*** (subraya la Sala).

*Lo anterior significa que cuando se suma el tiempo de servicios de los sectores público y privado para efectos de la pensión de jubilación por aportes, la reglamentación estableció que sólo se toma en cuenta el tiempo cotizado al Instituto de Seguros Sociales con el cotizado a las cajas de previsión del sector público, excluyéndose en consecuencia el tiempo*

*servido a entidades privadas que no cotizaron en el ISS como también el tiempo laborado en entidades oficiales en las cuales no se efectuaron aportes a entidades de seguridad social (ya sea las cajas de previsión o el Seguro Social).*

*Dado que esta reglamentación del Decreto 2709 de 1994, que es la vigente, fue expedida cuando ya regían la Constitución Política de 1991 y el sistema de seguridad social integral de la Ley 100 de 1993, ha surgido el interrogante jurídico de si la restricción citada del artículo 5° debe aplicarse o no, si se tiene en cuenta que en el marco del sistema prestacional anterior a la afiliación a la seguridad social, concretamente para el servidor público, no era obligatoria sino facultativa de las entidades empleadoras, de modo que la ausencia de cotización ni le era imputable a los servidores de las entidades ni afectaban los derechos pensionales, dado que de todas maneras el empleado tenía derecho a las prestaciones, con o sin afiliación a las entidades de previsión.*

*Además es claro desde el punto de vista constitucional, que el derecho a la seguridad social es irrenunciable (C. P., art. 48), por lo cual en principio todo tiempo servido o cotizado a entidades públicas tiene vocación de aptitud para contabilizar los derechos pensionales.*

*En este orden de ideas, la jurisprudencia de esta Sección ha señalado que no puede negarse el derecho a la pensión de jubilación por aportes ni a su reliquidación cuando algunas de las entidades públicas no efectuaron aportes a cajas de previsión.*

*En efecto, en sentencia del 1º de marzo de 2001, con ponencia del C.P. Alberto Arango Mantilla, Expediente No. 66001-23-31-000-0527-01-485-2000, se dijo:*

*“(...) los nominadores tienen el deber de practicar a sus empleados y trabajadores los descuentos parafiscales que habrán de girar luego a las respectivas cajas de previsión a título de aportes. De suerte que **la no aportación a los entes de previsión de los valores correspondientes, en nada podrá afectar el derecho a la pensión de jubilación.** Y sencillamente, en el evento de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, la respectiva caja de previsión deberá realizar las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas correspondientes; una tesis contraria podría conducir al absurdo de que un funcionario público **tuviere que asumir las consecuencias negativas de los yerros de la administración, cuando quiera que ésta incumpliera sus deberes***



**frente al pago de los mencionados aportes”** (subrayado propio del texto original).

Con este criterio, la Sala en la referida sentencia, así como en otras posteriores, ha decidido inaplicar la restricción que contiene el citado artículo 5° del Decreto 2709 de 1994.

*En esta oportunidad, la Sala reitera el mencionado criterio para considerar que, para efectos de la pensión de jubilación por aportes que deba aplicarse en virtud del régimen de transición pensional establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se debe tener en cuenta el tiempo laborado en entidades oficiales, sin importar si dicho tiempo fue o no objeto de aportes a entidades de previsión o de seguridad social”<sup>9</sup>.*

La prosperidad del cargo de exceso de la potestad reglamentaria, en virtud del desconocimiento de la reserva de ley en cuanto a la determinación de los elementos básicos del régimen pensional por aportes, releva a la Sala del estudio de la vulneración del derecho a la seguridad social, segundo cargo aducido por los demandantes.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **III. F A L L A**

**1°.- DECLARASE LA NULIDAD** del artículo 5° del Decreto 2709 de 13 de diciembre de 1994, por el cual el Presidente de la República reglamentó el artículo 7° de la Ley 71 de 1988.

**2°.-** En firme esta sentencia archívese el expediente.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

**LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**  
Presidente de la Sección

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B”, sentencia de 9 de junio de 2011, expediente No. 1117-09, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN