

CONSULTA SENTENCIA – Pensión de jubilación / SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL – Regímenes de pensiones / REGIMEN DE PENSIONES – Obligatorio

El artículo 12 de la Ley 100 de 1993, creó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y estableció dos regímenes de pensiones excluyentes que coexisten: el régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad. Aunque la afiliación a cualquiera de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de estos dos sistemas es libre y, una vez hecha la selección inicial, los afiliados tienen la posibilidad de trasladarse de un régimen pensional al otro, con el cumplimiento de las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 12 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 13

REGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA – Traslado / REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL – Traslado

El artículo 31 de la Ley 100 de 1993, definió el régimen solidario de prima media con prestación definida – RPM- como “aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas”. En este régimen, los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen “un fondo común de naturaleza pública”, que garantiza el pago de las prestaciones a quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la ley. Las personas afiliadas a éste régimen obtendrán el derecho a la pensión de vejez, previamente establecida por la ley, cuando cumplan con los requisitos legales de edad y semanas de cotización.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 31

REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL – Definición

Por su parte, el inciso 1° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, definió el régimen de ahorro individual con solidaridad – RAIS- como “El conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados”.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 59 INCISO 1

PENSION DE VEJEZ – Régimen de transición / REGIMEN DE TRANSICION – Beneficiarios

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, previó un régimen de transición para aquellas personas que al momento de su entrada en vigencia estaban próximas a cumplir los requisitos de la pensión de vejez. Este consiste, en que les permite pensionarse con el cumplimiento de los requisitos que prescribían las normas anteriores a la Ley 100 de 1993. El régimen de transición tiene el fin de no frustrarles a estas personas la expectativa de adquirir la pensión de vejez, pues la Ley 100 de 1993, exige mayores requisitos para acceder a tal derecho. Comprendemos con esto que la creación del régimen de transición obedeció a la necesidad de implementar un mecanismo de protección frente a los tránsitos de

legislación que afectarían desmesuradamente a un grupo determinado de trabajadores, que si bien no habían adquirido el derecho a la pensión, tenían una expectativa legítima de adquirir dicho derecho, ya que se encontraban próximos a que en su cabeza se concretaran las premisas para pensionarse en el momento en que acaeció dicho tránsito legislativo. Así las cosas, el legislador creó el régimen de transición a favor de tres categorías de trabajadores, como lo indicó en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 36

TRASLADO REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL – Al de prima media con prestación definida / REGIMEN DE TRANSICION – No se pierde al realizar traslados de régimen de prima media al de ahorro individual y regreso al de prima media con prestación definida

la norma consagra a partir de allí dos supuestos de interpretación para la pérdida del régimen de transición: (i) quien teniendo la edad para que le sea aplicable el régimen de transición se acoja al régimen de ahorro individual con solidaridad, (ii) quien teniendo la edad para que le sea aplicable el régimen de transición se acoja al régimen de ahorro individual con solidaridad y luego decida cambiarse al régimen de prima media con prestación definida. Empero, podemos observar que la norma en ningún momento previó tal pérdida para quienes a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se encontraban cotizando para la correspondiente entidad de previsión y afiliados al régimen de prima media con prestación definida, que hubieren renunciado a éste y se acojan al de ahorro individual con posterioridad para luego volver al de prima media con prestación definida. Es más, la norma únicamente consagró la pérdida del régimen de transición al producirse el cambio del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida. Nótese que la norma nunca dijo “volver”, “retornar” o algo semejante, para que pueda colegirse que se trata del caso de las personas que ostentaron el régimen de prima media y decidieron cambiarse al RAIS y posteriormente decidieron regresar, como es el caso que nos ocupa.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., siete (7) de marzo de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-25-000-2010-01214-01(1913-12)

Actor: LUIS HERNANDO GUZMÁN CALDERÓN

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – ISS

CONSULTA SENTENCIA – AUTORIDADES NACIONALES

Conoce la Sala en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida el 12 de junio de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió a las súplicas de la demanda instaurada por el señor LUIS HERNANDO GUZMÁN CALDERÓN contra el Instituto de Seguros Sociales, en procura de obtener el reconocimiento pensional.

I. LA ACCIÓN

1. PRETENSIONES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor LUIS HERNANDO GUZMÁN CALDERÓN, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con el fin de obtener la nulidad de las Resoluciones Nos. 014735 de 13 de abril de 2009, 046894 de 6 de octubre de 2009 y 01384 de 19 de abril de 2010, por las que el Instituto de Seguros Sociales negó al actor su solicitud de reconocimiento pensional.

A título de restablecimiento del derecho pidió en síntesis, que se ordene al ISS reconocer y pagar la pensión de “vejez” a partir del 21 de octubre de 2007, fecha en la que el demandante adquirió el status pensional, con 1152 semanas cotizadas, equivalentes a más de 22 años de servicios y 55 años de edad, de acuerdo al régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y la Ley 33 de 1985. Lo anterior, junto con los respectivos reajustes que ordenen las leyes en mención y la actualización de los valores con base en el índice de precios al consumidor establecidos por el DANE y que se de cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del Decreto 01 de 1984.

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS¹

¹ Ver folios 22 y 23 del cuaderno principal.

Como sustento de las pretensiones propuestas, el demandante expuso en síntesis, los siguientes hechos:

Que el día 23 de septiembre de 2008, solicitó el reconocimiento de la “pensión de vejez” ante el Instituto de Seguros Sociales quien mediante Resolución No. 014735 de 13 de abril de 2009 resolvió el derecho de petición al negar la solicitud.

Que interpuso recurso de reposición en contra de la anterior decisión el 11 de junio de 2009, pero mediante Resolución No. 046894 de 6 de octubre de 2009 se resolvió tal recurso confirmando la Resolución No. 014735 de 13 de abril de 2009.

Que nuevamente, dentro del término legal interpuso recurso de apelación contra la Resolución No. 046894, pero a través de Resolución No. 01384 de 19 de abril de 2010 se confirmó la Resolución No. 014735 con lo que se declaró agotada la vía gubernativa.

Que la negativa del ISS en el reconocimiento pensional se basó en que el asegurado presentó traslado a un fondo privado y que según el documento ODA 08-14539 se decidió la competencia para resolver acerca de la prestación económica estableciendo que el ISS era competente.

Que para ser beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 debe cumplirse con la sentencia C-789 de 24 de septiembre de 2002, concordante con el memorando 006355 de 4 de agosto de 2009 de la Vicepresidencia de Pensiones del ISS que dispone que debe acreditarse 15 años de servicios a 1° de abril de 1994.

Que al cambiarse nuevamente al régimen de prima media con prestación definida debe trasladarse a él la cuenta de ahorro individual con solidaridad y que dicho monto corresponde al aporte legal y que el traslado debe darse con posterioridad a la fecha de la sentencia.

Que consideró la entidad que en razón al traslado realizado el día 15 de mayo de 2003 y que para conservar el régimen de transición se requiere acreditar 15 años de aportes a 1° de abril de 1994, por lo que concluyó que el actor no era beneficiario del régimen de transición de conformidad con la sentencia C- 789 de 2002 y la Circular No. 006355 de 4 de agosto de 2009 de la Vicepresidencia de

Pensiones del ISS. Que por ello, la prestación debía ser analizada a la luz de lo señalado por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 con respecto a los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez como son haber cumplido 55 años de edad si es mujer o 60 años de edad si es hombre.

Que a pesar de lo anterior, el demandante cumple con uno de los requisitos establecidos por el artículo 36 de la transición de la Ley 100 de 1993, que es contar con 40 años o más al momento de entrar en vigencia dicha ley el 1° de abril de 1994, pues nació el 21 de octubre de 1952 y cumplió 41 años de edad el 21 de octubre de 1993.

Que tal y como lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia T- 818 de 2007, donde definió que el derecho al régimen de transición era un derecho adquirido de las personas que cumplan uno de los dos supuestos a que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 bien sea la edad o el tiempo de afiliación y por ello aquel derecho era irrenunciable.

Que el demandante se trasladó de fondo el día 15 de mayo de 2003 habiendo adquirido el derecho a la transición y con ello a la aplicación de la Ley 33 de 1985 cuyas condiciones para adquirir la pensión de jubilación son 55 años de edad y 20 años de servicios, presupuestos que el actor demostró.

3. CAUSA PETENDI DE NULIDAD.

Fueron invocadas en el escrito de demanda, como normas violadas, los artículos 2°, 5°, 11, 13, 16, 23, 29 y 53 de la Constitución Política; el artículo 7° de la Ley 71 de 1988; la Ley 100 de 1993, artículo 36 y la Ley 33 de 1985.

Indicó el apoderado que los actos acusados son violatorios de los preceptos constitucionales anotados por cuanto es deber esencial del Estado velar por la vida, honra y bienes de todas las personas como elementos básicos de la sociedad y toda vez que con ellos se está atentando contra uno de los más preciados valores del ser humano, como es la vida y su protección en la vejez; que los actos acusados

desconocen los derechos adquiridos que nacieron a la vida jurídica como consecuencia de una ley, por el cumplimiento del hecho previsto en la misma.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Instituto de Seguros Sociales no dio contestación a la demanda pese a la notificación del auto admisorio en debida forma².

5. LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda³.

En primer lugar, se refirió al Sistema General de Pensiones como desarrollo del derecho constitucional a la seguridad social y con ello a los regímenes para el manejo financiero de los recursos que se obtienen a través de las cotizaciones con destino al pago de las diferentes clases de pensiones.

Prosiguió con la definición de los regímenes de prima media con prestación definida y al régimen de ahorro individual con solidaridad, pudiéndose escoger sólo uno, pues ambos son excluyentes. Luego hizo referencia al traslado entre regímenes del sistema general de pensiones y con ello al artículo 3° del Decreto 3800 de 2003, que reglamentó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Indicó que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, literal e), que permitía el traslado entre regímenes por una sola vez cada tres años sin restricción alguna y que dicha norma fue modificada por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, con la modificación

² Ver folio 40 del Cdo. principal.

³ Visible a folios 90 a 129 del primer cuaderno.

del traslado de régimen por una sola vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial.

Que el 29 de diciembre de 2003 a través del Decreto 3800, el Gobierno Nacional reglamentó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, advirtiendo que las personas que al 28 de enero de 2004 les faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, podían trasladarse por única vez entre regímenes hasta dicha fecha. Que el artículo 3° del citado Decreto limitó la aplicación del régimen de transición advirtiendo que a las personas que al 1° de abril de 1994 tuvieran 15 o más años de servicios o de semanas cotizadas les será aplicable el régimen de transición si deciden trasladarse del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, si además de trasladar el saldo de la cuenta de ahorro individual ese saldo no resulta inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez en caso de haber permanecido en el régimen de prima media incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido de haber permanecido allí afiliado.

Sobre los requisitos para el regreso al régimen de prima media sin prestación definida dijo que el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 determinó de manera expresa la posibilidad de que los afiliados al Sistema General de Pensiones pudieran trasladarse entre regímenes por una sola vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial, pero en los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se previó una regla sobre la pérdida del régimen de transición cuando el afiliado que se trasladó al régimen de ahorro individual posteriormente desee regresar al de prima media con prestación definida.

Citó las sentencias C- 789 de 24 de septiembre de 2002, sobre el estudio de constitucionalidad de los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y C-1024 de 20 de octubre de 2004 que declaró exequible el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, bajo el entendido de que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad no se hayan regresado al régimen de prima

media con prestación definida, pueden regresar a éste en cualquier tiempo conforme a los términos de la sentencia C- 789 de 2002.

Agregó además que el Decreto 3800 de 2003 en su artículo 3° fue objeto de acción de nulidad ante el Consejo de Estado que decretó la suspensión provisional por vulnerar la Ley 100 de 1993 y preceptos de orden constitucional al establecer nuevos requisitos para la aplicación del régimen de transición de la Ley 100 de 1993. Que por ello, mal podía considerar el ISS que el actor debía cumplir con los requisitos señalados en el Decreto 3800 de 2003 pues dicha norma fue suspendida y posteriormente declarada nula por el Consejo de Estado en sentencia de 6 de abril de 2011 dentro del proceso radicado interno No. 1095-07.

Por último, citó apartes de las sentencias C- 789 de 2002, C- 1024 de 2004, T- 818 de 2007, T- 320 de 2010, T- 324 de 2010, SU-062 de 2010, destacando de ésta última que la diferencia en la rentabilidad que producen los dos regímenes pensionales sobre los dineros aportados no puede constituir un impedimento para negar a los beneficiarios del régimen de transición el traspaso del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida por incumplimiento del requisito de la equivalencia en el ahorro.

Concluyó el *a quo* que las personas que al 1° de abril de 1994 hubieran cumplido 15 años de servicios o que sencillamente hubieran cumplido 40 años de edad si son hombres o 35 años si fueren mujeres pueden efectuar el traslado de régimen de régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida, sin que pierdan el derecho al régimen de transición; por ello como para el 1° de abril de 1994 el actor contaba con 41 años de edad al nacer el 21 de octubre de 1952 se encontraba inmerso en el régimen de transición y de acuerdo a los tiempos laborales acreditados se le debía aplicar el régimen anterior señalado en las Leyes 33 y 62 de 1985 en tanto acreditaba contar con más de 20 años de servicios en el sector oficial y tener más de 55 años de edad.

En consecuencia, ordenó el reconocimiento pensional con base en las Leyes 33 y 62 de 1985 y atendiendo para la liquidación al 75% de todos los factores salariales

percibidos por el actor en el último año de servicios, comprendido entre el 29 de septiembre de 2007 al 30 de septiembre de 2008, sin que haya lugar a declararse la prescripción de mesadas por la actividad desplegada por el actor en la reclamación pensional.

6. TRÁMITE DE LA CONSULTA

Allegado el expediente y con fundamento en el inciso 4° del artículo 184 del Decreto 01 de 1984, modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación imprimió el trámite pertinente y ordenó el traslado a las partes para que presentaran alegatos, término empleado por el apoderado del demandante para presentar el escrito respectivo. La entidad accionada guardó silencio.

La parte actora⁴ solicitó sean acogidas favorablemente las súplicas de la demanda, en tanto que el actor cumple con unos de los requisitos establecidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 como es contar con mas de 40 años al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Que debe atenderse a lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia T- 818 de 2007 donde definió que el derecho al régimen de transición era un derecho adquirido de las personas que cumplan uno de los dos supuestos a que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, bien sea la edad o el tiempo de afiliación y que por ello tal derecho es irrenunciable. Que en consecuencia el actor cumple con los requisitos establecidos para obtener la pensión de jubilación como lo señalan las Leyes 33 y 62 de 1985.

7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

⁴ Ver folios 136-137 del cuaderno principal.

El señor **Procurador 2° Delegado ante el Consejo de Estado** emitió concepto, visible a folios 139 a 143 del cuaderno principal, consistente en la solicitud de confirmación de la sentencia consultada, en atención a que el demandante probó tener derecho al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que por ello debía accederse a la pensión de vejez con 55 años de edad, 20 años de servicios y con el 75% de los factores salariales devengados en el último año de servicio, establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

El asunto a dilucidar se contrae a determinar, si el señor LUIS HERNANDO GUZMÁN CALDERÓN conserva el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al contar con 41 años de edad a 1° de abril de 1994 y haberse trasladado del régimen de prima media con prestación definida, al de ahorro individual con solidaridad y regresar nuevamente al de prima media con prestación definida en el año 2003.

1. Fondo del asunto.

Para llegar a una decisión respecto del problema planteado, esta Corporación realizara las siguientes precisiones:

Para éste caso a través de las Resoluciones demandadas Nos. 014735 de 13 de abril de 2009⁵, 046894 de 6 de octubre de 2009⁶ y 01384 de 19 de abril de 2010⁷,

⁵ Ver folios 6 y 7 del cuaderno principal.

⁶ Ver folios 10 y 11 del primer cuaderno.

proferidas por el Instituto de Seguros Sociales se negó la prestación solicitada por el actor con base en que **(i)** estudiados los periodos cotizados por el asegurado se estableció que a 1° de abril de 1994 el actor no contaba con 15 años de aportes o cotizaciones al sistema general de pensiones conforme lo exigía el artículo 3° del Decreto 3800 de 2003; **ii)** que la única normatividad que permitía acumular tiempos laborados al servicio del Estado y no aportados a Caja de Previsión alguna, tiempos públicos aportados a cualquier Caja o Fondo de Previsión Social y periodos cotizados al Seguro Social en calidad de trabajador vinculado a un empresa privada como independiente, es la prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, sin que el actor cumpliera el requisito de edad – 60 años- allí exigido y **(iii)** que no se cumplían los requisitos señalados en la sentencia C-789 de 2002 y la Circular No. 006355 de 4 de agosto de 2009 de la Vicepresidencia de Pensiones del ISS.

Como se aprecia, el argumento principal de la entidad señala que al no completar 15 años de servicios o cotizaciones a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, independientemente de la edad, no es viable que el actor recupere el régimen de transición al trasladarse del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad y luego regresar al de prima media con prestación definida.

Ahora bien, para resolver el argumento anteriormente formulado, esta Sala procederá a realizar las siguientes precisiones:

El artículo 12 de la Ley 100 de 1993, creó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y estableció dos regímenes de pensiones excluyentes que coexisten: el régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad. Aunque la afiliación a cualquiera de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de estos dos sistemas es libre⁸ y, una vez hecha la selección inicial, los afiliados tienen la posibilidad de trasladarse de un régimen pensional al otro, con el cumplimiento de las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

⁷ Visible a folio 13 del cuaderno principal.

⁸ Ley 100 de 1993, Artículo 13 literal b.

El artículo 31 de la Ley 100 de 1993, definió el régimen solidario de prima media con prestación definida – RPM- como *“aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas”*. En este régimen, los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen *“un fondo común de naturaleza pública”*, que garantiza el pago de las prestaciones a quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la ley⁹. Las personas afiliadas a éste régimen obtendrán el derecho a la pensión de vejez, previamente establecida por la ley, cuando cumplan con los requisitos legales de edad y semanas de cotización.

Su administración corresponde al Instituto de Seguros Sociales y a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado existentes al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 mientras subsistan¹⁰.

Por su parte, el inciso 1° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, definió el régimen de ahorro individual con solidaridad – RAIS- como *“El conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados”*.

En este régimen de aportes no ingresan a un fondo común como en el régimen de prima media, sino que son depositados en una cuenta individual de ahorro pensional constituida a título personal¹¹. Por lo anterior, existe una relación directa entre el capital ahorrado en la cuenta individual de los afiliados y la pensión, lo cual determina que el valor de la pensión sea variable y no previamente definido como en el régimen de prima media. El sistema garantiza la pensión de vejez únicamente a la condición de haber reunido en la cuenta individual el capital necesario para financiarla, sin que sea necesario el cumplimiento de una edad

⁹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

¹⁰ Ley 100 de 1993, Artículo 52.

¹¹ Ley 100 de 1993, Artículos 60, literal d y 97.

determinada o de un número mínimo de semanas de cotización, requisitos propios del sistema de prima media con prestación definida¹².

El conjunto de cuentas de ahorro pensional conforman un fondo de pensiones que es administrado por entidades privadas especializadas que hacen parte del sistema financiero, y que están sometidas a inspección y vigilancia del Estado¹³.

Ahora bien, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, previó un régimen de transición para aquellas personas que al momento de su entrada en vigencia estaban próximas a cumplir los requisitos de la pensión de vejez. Este consiste, en que les permite pensionarse con el cumplimiento de los requisitos que prescribían las normas anteriores a la Ley 100 de 1993. El régimen de transición tiene el fin de no frustrarles a estas personas la expectativa de adquirir la pensión de vejez, pues la Ley 100 de 1993, exige mayores requisitos para acceder a tal derecho.

Comprendemos con esto que la creación del régimen de transición obedeció a la necesidad de implementar un mecanismo de protección frente a los tránsitos de legislación que afectarían desmesuradamente a un grupo determinado de trabajadores, que si bien no habían adquirido el derecho a la pensión, tenían una expectativa legítima de adquirir dicho derecho, ya que se encontraban próximos a que en su cabeza se concretaran las premisas para pensionarse en el momento en que acaeció dicho tránsito legislativo. Así las cosas, el legislador creó el régimen de transición a favor de tres categorías de trabajadores, como lo indicó en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece:

“... ”

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez, de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad o más si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.”

¹² Conforme al artículo 64 de la Ley 100 de 1993, los afiliados tendrán derecho a retirarse a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta les permita obtener una pensión superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente.

¹³ Ley 100 de 1993, Artículo 90.

En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco años; y en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones (1° de abril de 1994) y que son disyuntivos, por lo que basta con que en cabeza de una persona se configure alguna de las dos premisas anteriormente descritas para que frente al Estado Social de Derecho aquel ostente un derecho adquirido al régimen de transición¹⁴.

De lo anterior, es claro que la protección otorgada por el régimen de transición se concreta de forma inescindible con el derecho a la pensión de vejez y, por esta vía con el derecho fundamental a la seguridad social¹⁵, pues establece unas condiciones más favorables para acceder al mismo a favor de algunas personas con el fin de no vulnerar mediante ley posterior una expectativa legítima.

Sin perder de vista lo anterior, veamos ahora los incisos 4° y 5° de la Ley 100 de 1993 que contemplaron las siguientes situaciones que excluyen la aplicación del régimen de transición:

“Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

“Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.”.

¹⁴ Sentencia SU-062 del 3 de febrero de 2010.

¹⁵ Ver sentencia C-1141 de 2008, de la Sala Plena de la Corte Constitucional en que precisó: “[E]l derecho a la seguridad social, en la medida en que es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana” (Observación general número 19) es un verdadero derecho fundamental cuyo desarrollo, si bien ha sido confiado a entidades específicas que participan en el sistema general de seguridad social fundado por la Ley 100 de 1993, encuentra una configuración normativa preestablecida en el texto constitucional (artículo 49 superior) y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad; cuerpos normativos que dan cuenta de una categoría iusfundamental íntimamente arraigada al principio de dignidad humana, razón por la cual su especificación en el nivel legislativo se encuentra sometida a contenidos sustanciales preestablecidos (sentencias T-658 y T-752 de 2008)” (Subraya fuera del texto original). Adicionalmente, se pueden consultar entre otras, las sentencias T-1213 de 2008, T-752 de 2008, T-729 de 2008, T-580 de 2007 y T-468 de 2007.

Acerca de los incisos transcritos, la Corte Constitucional en sentencia C-789 de 2002 con ponencia del Magistrado Dr. Rodrigo Escobar Gil, declaró la constitucionalidad **condicionada**, con base en la siguiente línea argumentativa:

“.....

Como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran con determinados requisitos. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme lo establece el artículo 151 de dicha ley.

A su vez, como se desprende del texto del inciso 4º, este requisito para mantenerse dentro del régimen de transición se les aplica a las dos primeras categorías de personas; es decir, a las mujeres mayores de treinta y cinco y a los hombres mayores de cuarenta. Por el contrario, ni el inciso 4º, ni el inciso 5º se refieren a la tercera categoría de trabajadores, es decir, quienes contaban para la fecha (1º de abril de 1994) con quince años de servicios cotizados. Estas personas no quedan expresamente excluidos del régimen de transición al trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al inciso 4º, y por supuesto, tampoco quedan excluidos quienes se trasladaron al régimen de prima media, y posteriormente regresan al de ahorro individual, conforme al inciso 5º.

El intérprete podría llegar a concluir, que como las personas con más de quince años cotizados se encuentran dentro del régimen de transición, a ellos también se les aplican las mismas reglas que a los demás, y su renuncia al régimen de prima media daría lugar a la pérdida automática de todos los beneficios que otorga el régimen de transición, así después regresen a dicho régimen. Sin embargo, esta interpretación resulta contraria al principio de proporcionalidad.

Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo.¹⁶ Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N. preámbulo, art. 1º), y como derecho-deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la Ley 100 de 1993 (abril 1º de 1994),¹⁷ terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión.

En tal medida, la Corte establecerá que los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 resultan exequibles en cuanto se entienda que los incisos no se aplican a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados para el momento de entrada en vigor del sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del mismo estatuto..”.

Ahora bien, la Ley 797 de 29 de enero de 2003, “*Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales*”, intentó modificar los incisos segundo, quinto y se adicionó el parágrafo 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

¹⁶ La Corte ha sostenido que no es contrario a la Constitución que por virtud de un tránsito de leyes el legislador trate de manera diferente a personas que realizan el mismo trabajo durante la misma cantidad de años, y cuya única diferencia es el momento en el cual adquieren el derecho a pensionarse. Sin embargo, este cambio en las condiciones en que las personas se pensionan no puede ser desproporcionado. Al respecto, en Sentencia C-613/96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), F.J. No. 9, la Corte dijo: “En efecto, si bien nada obsta para que tal transformación produzca un trato disímil entre situaciones que sólo se diferencian en razón del momento en el cual se consolidaron, también es cierto que **para que dicho tratamiento resulte legítimo se requiere que no afecte el principio de proporcionalidad, de no discriminación y, en suma, de interdicción de la arbitrariedad.**”

¹⁷ Nótese que el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, hace referencia “al momento de entrar en vigencia del sistema”, no la Ley.

“Artículo 18.- Se modifica el inciso segundo, se modifica el inciso quinto y se adiciona el párrafo 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así:

“La edad para acceder a la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados. Las demás condiciones, requisitos y monto de la pensión de acuerdo con lo señalado en el numeral 2º del artículo 33 y artículo 34 de esta Ley, aplicables a estas personas, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

*Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida, con excepción de aquellos afiliados que a 1º de abril de 1994 **tenían 15 o más años de servicios prestados o semanas cotizadas**, caso en el cual podrán pensionarse con el régimen anterior cuando cumplan los requisitos exigidos para tener derecho a la pensión de vejez, siempre y cuando cumplan los siguientes requisitos:*

a) Que se trasladen al fondo común de naturaleza pública del ISS, el capital ahorrado en su cuenta individual de conformidad con las normas previstas por la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

b) Que el capital ahorrado en la cuenta individual, descontando el bono pensional, no sea inferior al monto de las cotizaciones correspondientes en caso que hubieran permanecido en el régimen de prima media administrado por el ISS.

Para quienes el 1º de abril de 1994 tenían quince (15) años de servicios prestados o semanas cotizadas y se hubieren trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, el monto de la pensión vejez se calcula de acuerdo con lo establecido en la Ley 100 de 1993 para el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Parágrafo 2º.- Para los efectos de la presente Ley se respetarán y garantizarán integralmente los derechos adquiridos a quienes hoy

tienen la calidad de pensionados de jubilación, vejez, invalidez, sustitución y sobrevivencia en los diferentes órdenes, sectores y regímenes, así como a quienes han cumplido ya con los requisitos exigidos por la Ley para adquirir la pensión, pero no se les ha reconocido.” Resalta la Sala.

No obstante, la preceptiva anteriormente transcrita, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-1056 del 11 de noviembre de 2003, al establecer vicios de procedimiento en su formación, es decir, dicha norma desapareció de nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se refiere a las características del Sistema General de Pensiones y el literal e) originario de la ley -y reglamentado por el Decreto 3800-, permitía el traslado entre regímenes una sola vez cada tres años sin restricción alguna; ésta norma fue modificada por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, quedando con el siguiente tenor literal:

“Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”.

Este último aparte fue declarado executable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 1024 -04 de 20 de octubre de 2004, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, “...exclusivamente por el cargo analizado en esta oportunidad y bajo el entendido que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C- 789 de 2002”.

Luego, a través del artículo 3º del Decreto Reglamentario No. 3800 de 2003 expedido por el Presidente de la República, por el que se reglamentó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, relacionado con la aplicación del régimen de transición del artículo 36 de la ley reglamentada, indicó:

“...

Artículo 3º. Aplicación del Régimen de Transición. *En el evento en que una persona que a 1º de abril de 1994 tenía quince (15) o más años de servicios prestados o semanas cotizadas, que hubiere seleccionado el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, decida trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, le será aplicable el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo cual podrán pensionarse de acuerdo con el régimen anterior al que estuvieren afiliados a dicha fecha, cuando reúnan las condiciones exigidas para tener derecho a la pensión de vejez, siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos:*

a) Al cambiarse nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se traslade a él el saldo de la cuenta de ahorro individual del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y

b) Dicho saldo no sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez, correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el Régimen de Prima Media, incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en este último.

En tal evento, el tiempo cotizado en el Régimen de Ahorro Individual le será computado al del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Para efectos de establecer el monto del ahorro de que trata el literal b) anterior no se tendrá en cuenta el valor del bono pensional.”

Como se aprecia el Decreto Reglamentario 3800 de 2003 en su artículo 3º establece nuevos requisitos para que sea aplicable el Régimen de Transición del artículo 36 de la ley reglamentada para efectos pensionales con el régimen anterior, a una persona que decida trasladarse o devolverse del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida; situación contraria a la Constitución y a la Ley.

Por tal razón, el artículo 3º de la mencionada norma fue demandado en acción de nulidad simple ante ésta Corporación, que con ponencia de la Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, en providencia de 5 de marzo de 2009, dentro del proceso radicado con el No. 11001-03-25-000-2008-00070-00(1975-08) **declaró la suspensión provisional del aparte normativo demandado** e indicó que ***“No se puede condicionar la realización del derecho a la libre escogencia de Régimen Pensional mediante elementos que hagan imposible su ejercicio...”***.

Dijo esta Corporación que los beneficiarios del régimen de transición que se habían trasladado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (Fondos de Pensiones) pueden regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (Seguro Social), es decir, devolverse de las administradoras de fondos pensionales al Seguro Social en cualquier tiempo antes de pensionarse y **el único requisito era trasladar lo que tenían en esos fondos al Seguro Social**, independientemente de cualquier otra exigencia.

De igual manera, a través de sentencia de 6 de abril de 2011 dentro de la acción de simple nulidad radicada con el No. 11001-03-25-000-2007-00054-00(1095-07), con ponencia del Consejero Doctor Gerardo Arenas Monsalve, se **decidió declarar la nulidad parcial del literal b) del artículo 3º del Decreto 3800 de 2003**, pues el exigir como requisito para conservar el régimen de transición a quienes se trasladan del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, que el saldo de la cuenta no sea inferior al monto total del aporte de haber permanecido en él y los rendimientos que se hubiere obtenido, se excedió la facultad reglamentaria del Gobierno Nacional. Igualmente, se declaró la

nulidad del último inciso del precitado artículo en razón a la conexidad directa con el literal b).

En esta oportunidad consideró la Corporación que al efectuarse una comparación entre las condiciones previstas por la Corte Constitucional al declarar exequibles los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los requisitos del artículo 3° del Decreto 3800 de 2003, en especial el literal b), objeto de la demanda, se encontró identidad entre los mismos, ya que lo dispuesto en el decreto reglamentario resultaba lesivo, en la mayoría de las ocasiones, para quienes tenían la intención de volver al régimen de prima media con los beneficios de la transición, pues el saldo de la cuenta pensional, incluyendo sus rendimientos, no resultaba suficiente para equiparar la rentabilidad que obtiene el fondo común.

En efecto, al exigir el decreto reglamentario que para mantener el régimen de transición es necesario que el saldo de la cuenta no sea inferior al monto total del aporte en caso de que hubieren permanecido en el RPM y agregar, además, que el cálculo del saldo se conforma "*incluyendo los rendimientos que se hubieren obtenido en este último*", se coloca a quienes pretenden recuperar la transición en una condición casi imposible de cumplir, pues un simple análisis financiero permitiría concluir que los rendimientos globales de los recursos del fondo común que está conformado, entre otros, por los aportes legales de todos los afiliados, resultaban ser muy superiores a los obtenidos en cada una de las cuentas individuales e independientes del fondo de pensiones en el RAIS.

De lo anterior se colige que el gobierno al dictar un decreto por el cual se reglamenta el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, incluyó dentro del texto del mismo la forma como debe darse aplicación al régimen de transición, situación que está prevista en una norma diferente de la misma ley, vale decir, en el artículo 36.

Para nuestro caso, analizada la Resolución No. 014735 de 13 de abril de 2009, la negativa de la administración se basó en el incumplimiento de los requisitos del artículo 3° del Decreto 3800 de 2003, norma que, como se dijo, actualmente se

encuentra suspendida provisionalmente y además por cuanto apartes de la referida norma fueron declarados nulos por esta Corporación, presupuesto que en principio hace colegir que quedan sin piso jurídico los argumentos de la entidad que sustentaron la negativa en el reconocimiento pensional.

Empero, el origen de tal decisión de la administración se circunscribe a la falta de cumplimiento por parte del actor del requisito del cumplimiento de los 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, el 1° de abril de 1994.

Volviendo al génesis de la norma señalado en esta sentencia, se colige que tal decisión de la administración obedece a la interpretación que se ha dado a los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues se le ha querido hacer decir a la norma un sentido restrictivo que no consagra y que particularmente afecta a quienes accedieron al régimen de transición señalado en el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 por el cumplimiento de la edad señalada y que estando afiliados al régimen de prima media con prestación definida, se trasladaron posteriormente al régimen de ahorro individual con solidaridad y luego, regresaron al régimen de prima media con prestación definida.

En efecto, recordemos que en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que contempla el sistema general de pensiones, el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran con determinados requisitos:

- En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años;
- En segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y;
- En tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; **requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones**, conforme lo establece el artículo 151 de dicha ley.

Luego, los incisos 4° y 5° en cita contemplan las siguientes situaciones que excluyen la aplicación del régimen de transición:

- (i) Quienes **al momento de entrar en vigencia** el régimen tengan (ii) treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres y (iii) voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen (iv) quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Como se aprecia, la norma consagra a partir de allí dos supuestos de interpretación para la pérdida del régimen de transición: (i) quien teniendo la edad para que le sea aplicable el régimen de transición se acoja al régimen de ahorro individual con solidaridad, (ii) quien teniendo la edad para que le sea aplicable el régimen de transición se acoja al régimen de ahorro individual con solidaridad y luego decida cambiarse al régimen de prima media con prestación definida.

Empero, podemos observar que la norma en ningún momento previó tal pérdida para quienes a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se encontraban cotizando para la correspondiente entidad de previsión y afiliados al régimen de prima media con prestación definida, que hubieren renunciado a éste y se acojan al de ahorro individual con posterioridad para luego volver al de prima media con prestación definida.

Es más, la norma únicamente consagró la pérdida del régimen de transición al producirse el **cambio** del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida. Nótese que la norma nunca dijo “volver”, “retornar” o algo semejante, para que pueda colegirse que se trata del caso de las personas que ostentaron el régimen de prima media y decidieron cambiarse al RAIS y posteriormente decidieron regresar, como es el caso que nos ocupa.

Pensar lo contrario- es una conclusión excesivamente laxa y facilista, que no se compadece con la realidad de muchos ciudadanos que venían laborando y efectuando sus cotizaciones al ISS, pero desanimados por razones mediáticas,

experiencias personales o descrédito del Instituto de Seguros Sociales (ISS), optaron por trasladarse al nuevo régimen pensional. ¿Es viable pensar que si supieran que se iba a presentar tal interpretación a la norma y la inseguridad que venía para sus reconocimientos pensionales hubieran optado por tal decisión cuando se vislumbraba el debate sobre la pérdida de los beneficios que contemplaba el régimen de transición?

Para muchos de ellos, el traslado fue altamente perjudicial a sus intereses, debido a las disquisiciones erróneas que se han efectuado sobre la norma, sin que sea más obligatorio a los jueces en estos casos que someterse al precedente judicial de la jurisdicción y a la *ratio decidendi* de las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional.

En este sentido, es evidente para la Sala que al tratarse de una norma de exclusión que limita el acceso al derecho al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, es claro que sobre la misma procede una interpretación restrictiva y no una extensiva, como pretende hacerlo la entidad.

Sin desconocer lo anterior, recuérdese que la línea jurisprudencial sobre el tema en la Corte Constitucional no ha sido consistente como bien lo reseñó el *a quo*, pues en sentencias T- 818 de 4 de octubre de 2007, T-320 – 2010¹⁸ y T – 232 de 2011 la Corte ha considerado que no existe razón suficiente para que a las personas que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 hayan cumplido con la edad y no con el tiempo de cotización, se les niegue la posibilidad de trasladarse de régimen sin perder el beneficio de la transición.

Empero en sentencias SU- 062 de 2010, T – 060 de 2010 y T- 324 de 2010, entre otras, ha considerado que solo pueden trasladarse, en cualquier momento, del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, las personas que al 1° de abril de 1994, tenían 15 años de

¹⁸ M.P. Doctor Nilson Pinilla Pinilla. Reitera lo expuesto en la providencia T-818 de 2007, en el sentido en que las personas que a 1° de abril de 1994 cumplían la edad (40 años hombres y 35 mujeres), pero no los 15 años de servicios cotizados, no perdían el beneficio de la transición, por tratarse de un derecho *per se* y de una garantía legal y legítima.

servicios cotizados, independientemente de si se tratan de hombres o de mujeres, y de la edad que tenían para esa fecha.

En lo que interesa al tema, en la ya mencionada sentencia T- 818 de 4 de octubre de 2007¹⁹, con ponencia del Magistrado Jaime Araujo Rentería al revisar las sentencias proferidas por el Juzgado 31 Civil Municipal de Bogotá de 20 de abril de 2007 y por el Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá de 10 de mayo de 2007, **en un asunto en donde Porvenir AFP no autorizó el traslado de los aportes del actor por cuanto consideró que no se encontraba en el régimen de transición al contar únicamente con 8 años de cotización a 12 de diciembre de 1993, avanzó a señalar lo siguiente:**

“....

*La Corte ha indicado en su jurisprudencia²⁰ que el régimen de transición fue reconocido únicamente para los trabajadores que estaban afiliados al régimen de prima media con prestación definida y que al entrar en vigencia el sistema de pensiones tenían 35 o más años, si eran mujeres, o 40 años o más, si se trataba de hombres, o llevaban 15 o más años de servicios cotizados. **Estos requisitos son disyuntivos, por lo que basta con que en cabeza de una persona se configure alguna de las dos premisas anteriormente descritas para que frente al Estado Social de Derecho aquel ostente un derecho adquirido al régimen de transición.***

La adquisición de un determinado derecho implica siempre que en cabeza de un titular se cumplan ciertas condiciones, lo que acarrea como consecuencia jurídica que en su patrimonio se configure una situación jurídica concreta. Esto significa que el derecho a pensionarse bajo los parámetros establecidos en el sistema anterior a aquel establecido en la ley 100 de 1993, es un derecho adquirido para aquellas personas que cumplían al menos uno de los requisitos para formar parte de dicho régimen. Así, en la sentencia C-754 de 2004 la Corte señaló:

¹⁹ M.P.,Dr.Jaime Araujo Rentería.

²⁰Al respecto ver sentencia C 789 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil)

“La Corte advierte en este sentido que al entrar en vigencia el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, las personas que a primero de abril de 1994 cumplían con los requisitos señalados en la norma adquirieron el derecho a pensionarse según el régimen de transición (...).Ello por cuanto a esa fecha cumplían con los requisitos establecidos en el artículo 36, y consecuentemente incluyeron en su patrimonio el derecho a adquirir su pensión en los términos del régimen de transición.”

“Ahora bien, cabe precisar que si bien la Corte en la Sentencia C-789 de 2003 señaló que no existe propiamente un derecho adquirido a ingresar al régimen de transición, -pues si el legislador cambia las condiciones en que se puede ingresar al régimen de transición, únicamente modifica meras expectativas-, esto no significa que las condiciones para continuar en él si puedan ser cambiadas una vez cumplidos los supuestos normativos en él señalados, (...) pues las personas cobijadas por dicho régimen tienen derecho a que se les respeten las condiciones en él establecidas.”

En este orden de ideas, se presenta un derecho adquirido cuando: (i) es predicable de un sujeto y (ii) los hechos descritos en las premisas normativas se cumplen (iii) ingresando definitivamente en el patrimonio de una persona.

Por tanto, aquellas personas que, al momento de entrar a regir el artículo 36 de la ley 100 de 1993, hubiesen cotizado quince años o cumplieran con los requisitos de edad, adquirieron el derecho a pensionarse bajo los parámetros definidos en el sistema anterior. Lo que acarrea como consecuencia lógica el derecho a trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida en cualquier momento para hacer efectivo dicho derecho, con la única condición de que al cambiarse de régimen nuevamente se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad. “

Como se aprecia de la providencia en mención, en esta oportunidad la Corte consideró, además de la variable que atendió en la sentencia C- 789 de 2003 -15 años de servicios-, a las personas que cumplieron con el requisito de la edad, es

decir, que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 hubieren cumplido 35 años o mas si son mujeres o 40 año o mas sin hombres. Para ello estableció las siguientes premisas:

1. Si al momento de entrar a regir el artículo 36 de la ley 100 de 1993, hubiesen:
 - a. Cotizado quince años
 - b. o cumplieran con los requisitos de edad,
- 2. Adquirieron el derecho a pensionarse bajo los parámetros definidos en el sistema anterior.**
3. Contaban con el derecho a trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida en cualquier momento para hacer efectivo dicho derecho,
4. Con la única condición de que ***al cambiarse de régimen nuevamente*** se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Para arribar a tal conclusión la Corte coligió que el derecho al régimen de transición era un derecho adquirido de quienes cumplían uno de los dos supuestos a que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que en tal virtud era irrenunciable, lo cual, en consecuencia, implicaba la facultad de trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, para hacer efectivo dicho derecho

Posteriormente, en sentencia T-320 de mayo 6 de 2010, tal Corporación estudió a fondo la posibilidad de traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida, reiterando lo expuesto en la providencia T-818 de 2007, en el sentido en que las personas que a 1° de abril de 1994 cumplían la edad (40 años hombres y 35 mujeres), pero no los 15 años de servicios cotizados, no perdían el beneficio de la transición, por tratarse de un derecho *per se* y de una garantía legal y legítima²¹.

²¹ En esa ocasión, se estudió concretamente si Citi Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías vulneró los derechos a la seguridad social, a la libre escogencia de régimen pensional y a la igualdad del actor, al negarle su traslado al régimen de prima media con prestación definida, administrado por el ISS, por

Luego en la sentencia T- 232 de 2011, se indicó lo siguiente:

“7.6. Con relación a la posibilidad de traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida, la Sala Sexta de Revisión encuentra necesario reiterar la línea jurisprudencial de tutela de esta corporación, al tratar el tema de la no pérdida del beneficio de la transición para el traslado de personas que a 1° de abril de 1994 cumplían la edad (40 años hombres y 35 mujeres), pero no los 15 años de servicios cotizados, mientras otras providencias solo han abordado el tema como obiter dicta²².

En este sentido, no se encuentra razón suficiente para que a personas que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 hayan cumplido con la edad y no con el tiempo de cotización, se les niegue la posibilidad de trasladarse de régimen sin perder el beneficio de la transición, en la medida en que el traslado deberá realizarse con todos los aportes y rendimientos, conforme a la sentencia C-789 de 2002 y al artículo 7° del Decreto 3995 de 2008²³.

no cumplir con el requisito de tener, a 1° de abril de 1994, 15 años de servicios cotizados. En esa ocasión, se declaró procedente dicho traslado sin perder el beneficio de la transición.

²² Cfr. C-836 de agosto 9 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil: “Si la parte de las sentencias que tiene fuerza normativa son los principios y reglas jurídicas, ello significa que no todo el texto de su motivación resulta obligatorio. Para determinar qué parte de la motivación de las sentencias tiene fuerza normativa resulta útil la distinción conceptual que ha hecho en diversas oportunidades esta Corporación entre los llamados obiter dicta o afirmaciones dichas de paso, y los *ratione decidendi* o fundamentos jurídicos suficientes, que son inescindibles de la decisión sobre un determinado punto de derecho.²² Sólo estos últimos resultan obligatorios, mientras los obiter dicta, o aquellas afirmaciones que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisión, constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial en los términos del inciso 2° del artículo 230 de la Constitución.”

²³ Art. 7° D. 3995 de 2008: “El traslado de recursos pensionales entre regímenes, incluyendo los contemplados en este Decreto, así como de la historia laboral en estos casos, deberá realizarse en los términos señalados a continuación y en el artículo siguiente:

Cuando se trate de una administradora del RAIS, deberá trasladar el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador, destinados a la respectiva cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, multiplicado por el valor de la unidad vigente para las operaciones del día en que se efectúe el traslado.

Para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS.

Tratándose del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, la devolución se efectuará por el valor equivalente a las cotizaciones para financiar la pensión de vejez, que se hubieren efectuado actualizadas con la rentabilidad acumulada durante el respectivo período de las reservas para pensión de vejez del ISS, o en su defecto la informada por la Superintendencia Financiera para los períodos respectivos.

Parágrafo. Con ocasión de la definición de la múltiple vinculación de sus afiliados y la determinación de las sumas a trasladar, las entidades administradoras del Sistema General de Pensiones quedan facultadas para compensar, total o parcialmente, los saldos respectivos.

Lo anterior sin perjuicio de la facultad que tiene la Superintendencia Financiera de precisar otros aspectos referentes a la materia.”

...”

A más de lo anterior, ésta Subsección, con idéntico ponente de quien se ocupa de ésta providencia, en sentencia de 25 de noviembre de 2010, dentro del proceso radicado con el No. 25000232500020070075401 (0489-09), en un caso similar consideró que el derecho a pensionarse bajo los parámetros establecidos en el sistema anterior a aquel establecido en la Ley 100 de 1993, es una expectativa legítima para los que cumplieron por lo menos uno de los requisitos para formar parte de dicho régimen y acarrea como consecuencia el derecho a trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, en cualquier momento para hacer efectivo dicho derecho, **con la única condición de que al cambiarse se traslade todo el ahorro que había efectuado**. Preciso la Corporación:

“Que de conformidad con lo anterior, es evidente que mal podía considerar el Instituto de Seguros Sociales que el actor debía cumplir con los requisitos señalados en el Decreto 3800 de 2003, cuando, se repite, tal norma se encuentra suspendida y por tanto por fuera del ordenamiento legal.

*Que según la cédula de ciudadanía obrante a folio 84 del expediente, el actor, señor **Andrés Avelino Gómez Ramírez**, nació el **5 de febrero de 1942**, por lo tanto es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues para el día **1º de abril de 1994**, fecha en que entro a regir el sistema de seguridad social allí establecido, contaba con una edad que **excedía los 40 años**, lo que le permite conservar los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a las disposiciones normativas anteriores.*

De conformidad con certificado obrante a folio 177 del expediente, proferido por la Directora de Gestión de Talento Humano de la Contraloría General de la República, como bien lo señaló el a quo, el peticionario prestó sus servicios por más de diez años a la Contraloría General de la República, dentro del lapso comprendido entre el 10 de junio de 1993 y el 28 de noviembre de 2003.

Que teniendo en cuenta la certificación expedida por la Gerencia de Talento Humano de la Contraloría General de la República (ver folio 209), **dicha Corporación hizo cotizaciones para pensiones en nombre del actor, luego de estar en el Régimen de Prima Media del Seguro Social, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (Porvenir) del 1° de agosto de 1998 hasta el 31 de enero de 2002, fecha a partir de la cual el actor decidió trasladarse nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, es decir, antes de que entrara en vigencia el artículo 3° del Decreto 3800 de fecha 29 de diciembre de 2003, que en su artículo 6° dispuso expresamente: “El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación”. Y la publicación de dicho Decreto se efectuó en el Diario Oficial No. 45416 de fecha 30 de diciembre de 2003.**

Que aunado a lo anterior, en el presente caso el traslado de régimen del actor, del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, se llevó acabo en enero de 2002, es decir, antes de que entrara en vigencia el Decreto 3800 de 2003, razón por la cual **no podía el Instituto de Seguros Sociales pretender que se aplicaran los requisitos allí consagrados al caso concreto, cuando el mencionado Decreto, se repite, además de encontrarse suspendido, no podía aplicarse de manera retroactiva, pues esto reñiría con los principios rectores del derecho....”**. Se resalta.

Ahora bien, de acuerdo con todo lo visto, es apenas natural que ésta Sala reitera su línea argumentativa sobre la no pérdida del beneficio de la transición para las personas que a 1° de abril de 1994 cumplían la edad (40 años hombres y 35 mujeres), pero no los 15 años de servicios cotizados, cuando ocurre el traslado del régimen de prima media con prestación definida y luego el cambio al de ahorro individual con solidaridad, para posteriormente regresar al de prima media con prestación definida.

Ahora bien, en lo que interesa a esta acción, el marco fáctico debidamente acreditado, nos remite a que el nacimiento del actor se produjo el 1° de octubre de 1952, como se indica a folio 1° del cuaderno segundo, y por tanto a 1° de abril de 1994, contaba con 41 años, 5 meses y 10 días de edad.

De igual manera se verificó que el actor laboró en los siguientes periodos, cargos y entidades:

| Entidad | Cargo | Periodo |
|---|---|---|
| <p>Procuraduría General de la Nación. (fl. 58 Cdo. Principal)</p> <p>Desde el 22 de diciembre de 1982 hasta el 10 de enero de 1989.</p> <p>Total: 6 años y 18 días.</p> | <p>Asistente Jurídico Grado 15 de la Procuraduría 2ª Regional de Bogotá.</p> <p>Asistente Jurídico Grado 15 de la Procuraduría Delegada en lo Civil.</p> <p>Abogado Visitador Grado 17 de la Procuraduría 3ª Delegada en Lo Penal.</p> <p>Abogado Visitador Grado 17 de la Procuraduría Delegada en lo civil.</p> | <p>Desde el 22 de diciembre de 1982.</p> <p>Desde el 1 de junio e 1984.</p> <p>Desde el 21 de junio de 1985.</p> <p>Desde el 7 de enero de 1986 hasta el 10 de enero de 1989.</p> |
| <p>Contraloría General de la República. (fl. 53 y ss Cdo. Principal).</p> | <p>Profesional Universitario Nivel Profesional Grado 4 en la Auditoría general ante el Ministerio de Comunicaciones.</p> | <p>Nombrado a través de Resolución No. 01778 de 7 de marzo de 1989.</p> |

| | | |
|--|--|------------------------------------|
| Desde el 18 de abril de 1989 hasta el 11 de junio de 1991. Total: 2 años, 1 mes y 23 días. | | |
| INGEOMINAS. (fl. 60 del Cdo. Principal.) Desde el 6 de enero de 1994 hasta el 30 de septiembre de 2008. Total: 14 años, 4 meses y 24 días. | Asesor Código 1020 Grado 03. Renunció estando en el cargo de Profesional Especializado, Código 2028 Grado 18 de la planta de personal del Instituto, en el Grupo de Seguridad Nuclear y Protección Radiológica. | Desde el 6 de enero de 1994. |
| Total Laborado | | 22 años, 11 meses y 5 días. |

Por tanto, **al 1° de abril de 1994 fecha en que entró a regir el sistema de seguridad social allí establecido, el actor contaba con 8 años, 5 meses y 6 días** laborados, situación que no le excluye de la aplicación del régimen de transición pues contaba con más de 40 años de edad, presupuesto de la norma que le permite conservar los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a las disposiciones normativas anteriores.

De conformidad con certificado obrante a folio 177 del expediente, suscrito por la Directora de Gestión de Talento Humano de la Contraloría General de la República, como bien lo señaló el *a quo*, el peticionario prestó sus servicios por más de diez años a la Contraloría General de la República, dentro del lapso comprendido entre el 10 de junio de 1993 y el 28 de noviembre de 2003.

Que teniendo en cuenta la certificación expedida por la Gerencia de Talento Humano de la Contraloría General de la República (ver folio 209), dicha Corporación hizo cotizaciones para pensiones en nombre del actor, luego de estar en el Régimen de Prima Media del Seguro Social, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (Porvenir) del 1° de agosto de 1998 hasta el 31 de enero de 2002, fecha a partir de la cual el actor decidió trasladarse nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, es decir, antes de que entrara en vigencia el artículo 3° del Decreto 3800 de fecha 29 de diciembre de 2003, que en su artículo 6° dispuso expresamente: **“El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación”**. Y la publicación de dicho Decreto se efectuó en el Diario Oficial No. 45416 de fecha 30 de diciembre de 2003.

Que aunado a lo anterior, en el presente caso, el traslado del actor, del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, se llevó a cabo el 14 de octubre de 2003, de acuerdo a certificación obrante a folio 21 del segundo cuaderno y por tanto, al haber reunido el requisito de edad tiene derecho a pensionarse bajo los parámetros señalados en el régimen anterior a aquel establecido en la Ley 100 de 1993; así pues, al no contar el actor con ningún régimen de excepción, le son aplicables en principio las disposiciones de las Leyes 33²⁴ y 62 de 1985²⁵, pues

24 *“Artículo 1°.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.*

...“

25 *“Artículo 1°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.”*

acredita 22 años de servicios en el sector público y además alcanzó los 55 años de edad el 21 de octubre de 2007, situación que deviene en la nulidad de los actos demandados y en el restablecimiento señalado en las pretensiones, que es de conformidad con el 75% de los factores devengados en el último año de prestación de servicios, con atención a los parámetros señalados en la sentencia de 4 de agosto de 2010, proferida por ésta Corporación en el expediente referenciado con el No. 0112-2009, en la que esta Sección concluyó que la Ley 33 de 1985, no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios

En consecuencia, se confirmará la sentencia consultada en cuanto ordenó al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento de la pensión de jubilación del demandante, de acuerdo con el régimen general contenido en las Leyes 33 y 62 de 1985.

No obstante debido a la imprecisión de la sentencia en cuanto a los factores a incluir, la administración deberá tener en cuenta las consideraciones plasmadas en la sentencia del 4 de agosto del 2010²⁶, en la que esta Sección concluyó que la Ley 33 de 1985, no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante **el último año de prestación de servicios. En suma, se deberán incluir en la nueva liquidación aquellos emolumentos que percibió el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por la labor desempeñada.**

Así las cosas, se confirmará la sentencia consultada en cuanto accedió a las súplicas de la demanda en los términos señalados en la parte motiva de ésta providencia.

²⁶ Proceso referenciado con el número 0112-09.

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

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia de doce (12) de junio de dos mil doce (2012) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió a las pretensiones de la demanda, en el proceso adelantado por LUIS HERNANDO GUZMÁN CALDERÓN contra el Instituto de Seguros Sociales, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN
RINCÓN**

ALFONSO VARGAS

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO