

PENSION DE JUBILACION – Reconocida por el Instituto de Seguros Sociales / BONOS TIPO T – Debe ser emitido por la entidad publica / ENTIDAD PUBLICA – No reconoce pensión de jubilación de manera transitoria / REGIMENES PENSIONALES ESPECIALES – Se extinguen a partir del 31 de julio de 2010 / INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – Compatibilidad de la pensión de jubilación

El anterior texto normativo, claramente precisa que el bono pensional tipo T se emite por la entidad pública que comparte la pensión con el Instituto de Seguros Sociales, y que constituye la herramienta que permite a este último reconocer las pensiones de jubilación de los servidores públicos bajo el régimen que se le venía aplicando en su calidad de beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993. Tal disposición, a su vez prevé en su artículo 18, que a partir de su vigencia procederá el reconocimiento de dicha pensión de jubilación por parte del ISS y explica que los afiliados que se encuentren en las condiciones antes descritas, deben radicar su solicitud de pensión ante el ISS o quien haga su veces y esta entidad debe proceder a reconocer tal prestación. **En conclusión**, esta normatividad en la forma como fue concebida, precisa para lo que interesa en el presente asunto, que a partir de su vigencia, esto es, 18 de diciembre de 2009, las pensiones de jubilación del régimen de transición de los servidores públicos que estuvieron afiliados al Instituto de Seguros Sociales a 1 de abril de 1994, podrán ser reconocidas por este ente o por quien haga sus veces, sin que la entidad pública tenga que hacerlo transitoriamente, para lo cual deberá de emitir el respectivo bono tipo T. Ahora bien, el Acto Legislativo 01 de 2005 adicionó el artículo 48 de la Constitución Nacional, con la finalidad de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, e introdujo una serie de reformas en materia pensional, que afectan entre otros, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, la vigencia de los regímenes especiales y las prerrogativas contenidas en Pactos o Convenios Colectivos de Trabajo para acceder a las pensiones correspondientes. En él contempló expresamente la extinción a partir del 31 de julio de 2010 de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados y cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes contenidas en el Sistema General de Pensiones.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

FUENTE FORMAL: ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – Debe reconocer las pensiones de jubilación del régimen de sector publico / ENTIDAD PÚBLICA – Cubre la diferencia del valor de la pensión derivada de las condiciones del régimen del ISS y del aplicable al respectivo servidor público / PENSIONES LEGALES DEL SECTOR PÚBLICO - Financiación a través del bono pensional tipo T

Conforme a las precisiones que en precedencia se hicieran a la norma acusada, no asiste razón a la parte demandante, pues nada diferente hizo el Estado de implementar un mecanismo de financiación para que el Instituto de Seguros Sociales o quien haga sus veces pueda asumir las pensiones de jubilación de los empleados públicos amparados por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, sin esperar a que reuniera los requisitos exigidos por las reglamentaciones del mismo ISS. Quiere decir que a partir de la vigencia del Decreto 4937 de 2009 el Instituto de Seguros Sociales o quien haga sus veces, en su calidad de administradora del Régimen Prima Media, debe reconocer pensiones legales de jubilación, que estaban en cabeza de las entidades públicas

a la edad prevista en el régimen del sector público, esto es, a los 55 años de edad y no a los 60 años conforme al régimen del ISS, circunstancia que obliga a la entidad pública a cubrir la diferencia del valor de la pensión derivada de las condiciones del régimen del ISS y del aplicable al respectivo servidor público a través de la expedición del bono especial tipo T. La proposición jurídica de la norma acusada va dirigida de manera puntual a la financiación a través del bono pensional tipo T de las pensiones legales del sector público, así aparece concebida en el artículo 1 del Decreto 4937 de 2009, que modificó el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995, en la que en su parte pertinente, se lee : "...En los casos en los cuales los servidores públicos tenga derecho a una pensión legal del sector público por aplicación del régimen de transición habrá lugar a la emisión de un bono pensional especial tipo T."

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

COMPARTIBILIDAD – Pensión / REGIMEN DE TRANSICION – Servidores públicos

De manera que por el efecto del régimen de transición, los servidores públicos que a 1 de abril de 1994 estaban afiliados al Instituto de Seguros Sociales, mantuvieron el derecho de pensionarse bajo el régimen en el que venían, esto es, al amparo de la ley 33 de 1985, y a que su pensión fuera asumida por el ISS conforme a sus reglamentos. Situación que en el lenguaje jurídico se denomina compartibilidad de pensiones y que continuó siendo aplicable en vigencia de la Ley 100 de 1993.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993

PENSION DE JUBILACION – Régimen de transición / PENSION DE JUBILACION – Aplicación del régimen especial / BONOS TIPO T – La entidad publica comparte la pensión con el Instituto de Seguros Sociales

Lo anterior trajo como consecuencia que con la aplicación de los decretos 813 y 1160 de 1994, tanto los empleadores privados como públicos que a la fecha de entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social tenían a cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación, continuaran con tal obligación, de tal manera que debían reconocer la pensión una vez reunidos los requisitos del régimen que se le venía aplicando con anterioridad a 1 de abril de 1994. Le correspondía por tanto al empleador seguir cotizando al ISS y una vez aquel cumpliera con los requisitos exigidos por la reglamentación del ISS para adquirir la pensión de vejez, este procedería a cubrirla siendo de cuenta del empleador únicamente el mayor valor, si lo hubiere. Surgió para el Estado en consecuencia la necesidad de implementar un mecanismo de financiamiento que permitiera que el Instituto de Seguros Sociales asumiera el reconocimiento de las pensiones de jubilación de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición, antes de la fecha señalada en las normas que lo regulan. Creó entonces, una nueva modalidad de bono pensional que se sumó a los ya existentes, son los denominados Bonos tipo T.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

FUENTE FORMAL: DECRETO 813 DE 1994 / DECRETO 1160 DE 1994

NORMA DEMANDADA: DECRETO 4937 DE 2009 (18 de diciembre) GOBIERNO NACIONAL – ARTICULO 18 PARCIAL (NO ANULADO)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-25000-2010-00291-00(2390-10)

Actor: HENRY JOYA PINEDA

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

Autoridades Nacionales

Henry Joya Pineda, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita a esta Corporación se declare la nulidad parcial del artículo 18 del Decreto 4937 de 2009, por el cual se dictan normas para la liquidación, reconocimiento y pago de unos bonos especiales de financiamiento para el I.S.S..

Los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda se sintetizan así:

El Ministerio del Interior y de Justicia como delegatario de funciones presidenciales¹ expidió el Decreto 4937 de 2009, por el cual se modifica el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995 y se crean y se dictan normas para la liquidación, reconocimiento y pago de bonos pensionales especiales de financiamiento para el ISS.

¹ Conferidas por el Decreto 4818 de 2010

El artículo 45 del referido Decreto 1748 de 1995 en su versión original precisaba:

“Empleadores del sector público afiliados al ISS. Los empleadores del sector público afiliados al Instituto de Seguros Sociales se asimilaban a los empleadores del sector privado. Por tanto, se les aplicará el artículo 5 del Decreto 813 de 1994² y no habrá lugar a la expedición de bono tipo B”.

Con la modificación que introdujo el Decreto 4937 de 2009 en su artículo 1, tal disposición quedó así:

“EMPLEADORES DEL SECTOR PÚBLICO AFILIADOS AL ISS:
Para efectos de Bonos Pensionales regidos por el decreto 1748 de 1995, los empleadores del sector público afiliados al ISS se asimilan a empleadores del sector privado. Por tanto, no habrá lugar a la emisión de bonos tipo B. En los casos en los cuales los servidores tengan derecho a una pensión legal del sector público por aplicación de régimen transición habrá lugar a la emisión de un bono pensional especial tipo T...”

La innovación que trajo la disposición anterior fue la creación de los bonos tipo T, cuyo objetivo está orientado a cubrir la diferencia existente entre las condiciones previas en los regímenes legales aplicables a los servidores públicos antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y el régimen previsto para los afiliados al ISS.

Esta preceptiva, contempla en su artículo 18 el reconocimiento de la pensión financiada con bono tipo T, y precisa que a partir de la entrada en vigencia de esta norma³, el Instituto de Seguros Sociales o quien haga sus veces deberá reconocer las pensiones de los servidores o ex servidores públicos que gocen del régimen de transición, y cumplan con los requisitos para obtener tal prestación. Para tal efecto, el beneficiario deberá de radicar su solicitud de pensión a partir del 18 de diciembre de 2009 únicamente en el ISS.

² Por el cual se reglamenta el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

³ Entró a regir el 18 de diciembre de 2009

El Acto Legislativo 01 de 2005⁴ que consagró con rango constitucional normas básicas del régimen pensional, en lo pertinente a la vigencia de los regímenes especiales determinó en su parágrafo transitorio 3 lo siguiente:

“Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este acto legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudo o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este acto legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010”.

La eliminación por mandato superior de los regímenes especiales se entiende que solamente surte efectos hacia el futuro, por tanto, no se pueden desconocer derechos adquiridos o situaciones consolidadas que igualmente tienen resguardo constitucional⁵.

En esas condiciones, la norma acusada parcialmente⁶, lo que hizo fue anticipar el cumplimiento del plazo consagrado en el Acto Legislativo 01 de 2005, para la vigencia de los regímenes especiales, de 31 de julio de 2010 al 18 de diciembre de 2009, al precisar en su texto, que a partir de esta data únicamente se podrán radicar las solicitudes de pensiones ante el ISS, infringiendo de manera directa la disposición imperativa emanada de la propia Constitución Política⁷.

Igual precisión han efectuado el Instituto de Seguros Sociales, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Banco de la República, por medio de sus memorandos, instructivos y respuesta de derecho de petición a extrabajadores⁸.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como disposiciones violadas se invocan en la demanda el parágrafo transitorio 3°

⁴ Vigencia a partir del 25 de julio de 2005.

⁵ Artículo 48 de la Constitución Nacional.

⁶ Artículo 18 del Decreto 4937 de 2009.

⁷ Parágrafo 3 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, que estipula la fecha de expiración de los regímenes especiales 31 de julio de 2010..

⁸ Fls 44-55

del Acto Legislativo 01 de 2005 y los artículos 2, 25, 48, 53 y 58 de la Constitución Política.

Dentro de las normas consagradas en el Acto Legislativo 01 de 2005, en su párrafo transitorio 3, incorporado en el artículo 48 de la Constitución Política contempló la eliminación de los regímenes especiales con fecha 31 de julio de 2010.

A partir de la vigencia del Decreto 4937 de 2009⁹ corresponde al Instituto de Seguros Social o quien haga sus veces, reconocer las pensiones de los servidores o ex servidores públicos que gocen del régimen de transición y cumplan los requisitos para obtener la pensión bajo dicho régimen

De manera que los afiliados al ISS cuya pensión de transición vaya a ser financiada con bonos pensionales tipo T, deberán radicar su solicitud a dicho ente de seguridad social o a quien haga sus veces.

La forma como quedó concebido dicho articulado, dice el demandante, infringe de manera directa la norma imperativa originada de la Constitución Política, específicamente, el párrafo 3° transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, en la medida que la norma parcialmente acusada¹⁰ lo que hace es anticipar la finalización de los regímenes pensionales especiales, debido a que prevé como única fecha para radicar las solicitudes de pensiones de los servidores públicos ante el ISS, el 18 de diciembre de 2009, en tanto que el Acto Legislativo referido fijó como fecha de expiración de tales regímenes el del 31 de julio de 2010.

Bajo la perspectiva constitucional la incorporación al texto superior de los mandatos del Acto Legislativo 01 de 2005 no puede concebirse aislada de los principios y demás normas de la Constitución Política, por lo que advierte que el aparte del artículo 18 del Decreto 4937 de 2010 es contrario al ordenamiento superior pues sin duda alguna desconoce los derechos adquiridos y/o situaciones consolidadas de quienes materializaron su derecho en los supuestos de la norma superior¹¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

⁹ Fls. 45-49

¹⁰ Artículo 18 del Decreto 4937 de 2009

El **Ministerio de la Protección Social**, a través de su apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda y solicitó mantener la legalidad de la disposición acusada. Para el efecto expuso los siguientes argumentos:

Ante la dificultad que se originaba en el reconocimiento y pago de las pensiones de los servidores públicos que prestaron sus servicios a entidades públicas y se encontraban afiliados al Instituto de Seguros Sociales, se expidió el Decreto 4937 de 2009¹² con la finalidad de adoptar un mecanismo de financiamiento para que el Instituto de Seguros Sociales o quien haga sus veces, pudiera reconocer y pagar las pensiones de vejez o de jubilación de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición, cuyas pensiones no se financian con bono pensional tipo B.

El demandante confunde el mandato constitucional establecido en el artículo 48 adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, en el que se determina que los regímenes pensionales especiales perderán su vigencia el 31 de julio de 2010, con la situación prevista en el artículo 18 del mencionado Decreto, en el que se precisa la forma de financiar y reconocer las pensiones de los servidores y ex servidores públicos amparados por el régimen de transición¹³ y que se encontraban afiliados al Instituto de Seguros Sociales.

De manera alguna este canon legal hace referencia a los regímenes especiales ni se modifica el mandato constitucional. El simple cotejo de dichas normatividades conlleva a precisar que se trata de situaciones jurídicas disímiles, por lo que la disposición demandada de manera alguna desconoce que los regímenes especiales terminarían el 31 de julio de 2010 y menos aún se puede inferir de su texto que aquella anticipó el cumplimiento del plazo fijado por el Acto Legislativo 01 de 2005 para la pérdida de vigencia de dichos regímenes.

En virtud del Decreto 4937 de 2009 finaliza la obligación pensional que se encontraba a cargo de la entidad pública, en razón, a que a través de los bonos T sólo se financian las pensiones legales de aquellos servidores o ex servidores públicos que son beneficiarios del régimen de transición, por lo que continúa bajo la responsabilidad del empleador el reconocimiento y pago de las pensiones

¹¹ Fls.50-52

¹² "Por el cual se modifica el artículo 45 del decreto 1748 de 1995, se crean y se dictan normas para la liquidación, reconocimiento y pago de unos bonos pensionales de financiamiento para el ISS".

¹³ Artículo 36 de la Ley 100 de 1993

extralegales, restringidas de jubilación –pensión sanción, de sobrevivencia o de cualquier otra naturaleza a su cargo, por tanto, no le es dado a la entidad pública que tenía a cargo el reconocimiento pensional sustraerse de la obligación de reconocer los demás beneficios extralegales¹⁴.

Por su parte, **el Ministerio de Hacienda y Crédito Público** en la contestación de demanda, solicita se desestimen las pretensiones de nulidad de las acusadas por la parte demandante, bajo las consideraciones que a continuación se resaltan:

El régimen de transición estatuido en la ley 100 de 1993, constituye un beneficio a favor del trabajador para acceder a la pensión de vejez, con el cumplimiento de las condiciones de edad y tiempo de servicios o semanas cotización que se exigían en el régimen pensional al cual estuviera afiliado antes de entrar en vigor la normatividad en cita.

Dentro de ese régimen de transición, existe una categoría de servidores públicos que a 1 de abril de 1994 se encontraban afiliados al Instituto de Seguros Sociales y que por efecto de esa transición les es aplicable la Ley 33 de 1985.

Esta clase de servidores de conformidad con el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995 al estar afiliados al ISS., al 1 de abril de 1994, se asimilan a los empleados del sector privado y por tanto les es aplicable el artículo 5° del Decreto 813 de 1994 que fuera modificado por el artículo 2° del decreto 1160 de 1994.

Por consiguiente, dichos servidores públicos, por aplicación del régimen pensional contemplado en la Ley 33 de 1985, se pensionan a la edad de 55 años, razón por la cual no pueden ser pensionados por el Instituto de Seguros Sociales, pues dicha administradora solamente puede reconocer pensiones contempladas en la ley 100 de 1993 a las edades allí previstas, esto es, a los 60 años de edad.

Por tanto, correspondía a la entidad empleadora no solo reconocer la pensión de jubilación sino que debía seguir cotizando al Instituto de Seguros Sociales hasta cuando dicho trabajador cumpliera la edad de pensión del Sistema General de Pensiones, es decir, a los 60 años momento en el cual el ISS., sustituía al empleador y asumía el pago de las pensiones.

¹⁴ FIs. 120-128

Ante la problemática operativa y los costos que estaba generando el reconocimiento de las pensiones por parte de las entidades públicas, el Gobierno Nacional vio la necesidad de establecer un mecanismo financiero que le permitiera al ISS, en su calidad de administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, reconocer las pensiones de Ley 33 de 1985 de sus afiliados a la edad prevista en tal ordenamiento, es decir, a los 55 años de edad.

Este mecanismo financiero contenido en el Decreto 4937 de 2009, se denominó bono pensional tipo T, el cual tiene por objeto que el ISS reconozca las pensiones de Ley 33 de 1985 a sus afiliados, en consecuencia, a partir de la fecha de su expedición no le corresponde a las entidades públicas el reconocimiento de tal prestación la cual es asumida por el ISS., previa expedición de dicho bono pensional.

Finalmente, agregó que con esta clase de bonos no se financian pensiones de orden extralegal y menos aún implicó al entrar en vigencia el referido decreto el anticipo de la fecha establecida en el acto legislativo 01 de 2005 (31 de julio de 2010) con respecto a la terminación de los regímenes contenidos en convenciones colectivas, pactos colectivos, laudos o acuerdos, pues se trata de pensiones cuya naturaleza es sustancialmente diferente a las legales¹⁵.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada ante esta Corporación después de efectuar una breve reseña del Decreto 4937 de 2009¹⁶, del Acto Legislativo 01 de 2005, de los artículos 36¹⁷ y 115¹⁸ de la Ley 100 de 1993, considera que se deben negar las súplicas de la demanda, fundada en las siguientes razones:

Considera que la norma acusada no altera lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, que fijó como fecha de vigencia de los regímenes pensionales especiales hasta el 31 de julio de 2010, por cuanto, lo que hizo a través del Decreto 4937 de 2009, fue crear un mecanismo para que el ISS, pudiera reconocer y pagar las pensiones de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición, que permitiera financiar la diferencia existente entre las

¹⁵ Fls. 135-138.

¹⁶ Bonos pensionales tipo T.

¹⁷ Régimen de Transición.

¹⁸ Bonos pensionales.

normas aplicables con anterioridad y las que les corresponde a los afiliados al ISS.

Precisó, que si bien las entidades públicas ya no estaban obligadas a efectuar reconocimientos pensionales, ello no implicaba el desconocimiento de los derechos adquiridos y consolidados hasta el plazo máximo del 31 de julio de 2010.

Resaltó igualmente que el Decreto 4937 de 2009 fue expedido con base en las facultades otorgadas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Nacional y en desarrollo de la Ley 100 de 1993. Por tanto, el Gobierno Nacional podía válidamente sin extralimitarse, expedir reglamentos permitidos, referentes al sistema de seguridad social, como fue la creación de los bonos pensionales, con el fin de viabilizar el sistema, de donde se tiene que no se demostró la infracción directa a la norma de superior jerarquía, párrafo transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, que estableció la vigencia de los regímenes pensionales especiales hasta el 31 de julio de 2010¹⁹.

Para resolver, se

CONSIDERA

Se demanda la nulidad parcial del artículo 18 del Decreto 4937 de 2009, por medio del cual se modifica el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995 y se crean y dictan normas para la liquidación, reconocimiento y pago de unos bonos especiales de financiamiento para el ISS.

En razón a las argumentaciones expuestas en la demanda, el problema jurídico por resolver se circunscribe a definir si la norma acusada, expedida por el Gobierno Nacional, desconoció el mandato constitucional contenido en el párrafo transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Nacional.

El aparte demandado del artículo 18 del Decreto 4937 de 2009 es del siguiente tenor:

ARTÍCULO 18. RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN
FINANCIADA CON BONO TIPO T. **A partir de la vigencia del**

¹⁹ Fls. 169-180

presente decreto²⁰el ISS o quien haga sus veces, deberá reconocer las pensiones de los servidores o ex servidores públicos que gocen del régimen de transición y que cumplan con los requisitos para obtener una pensión de dicho régimen, a la edad en la que tenga derecho a dicha pensión.

Para tal efecto, todos los afiliados al ISS cuya pensión de transición vaya a ser financiada con bonos especiales pensionales tipo T, deben radicar su solicitud de pensión ante el ISS o quien haga sus veces. Para ello el ISS o quien haga sus veces, deberá suministrar la información y asesoría necesaria, una vez se haya determinado que dicha pensión se debe financiar con el bono pensional especial tipo T de que trata este decreto.

Los plazos o condiciones que tiene el ISS o quien haga sus veces, para otorgar la pensión, son los mismos fijados en las normas vigentes, especialmente el señalado en el inciso final del párrafo 1 del artículo 9 de la ley 797 de 2003.

Cumplidos los requisitos por el servidor público para acceder a la pensión del Sistema General de Pensiones, el ISS o quien haga sus veces, tendrá derecho a obtener el pago de la cuota pensional correspondiente a los tiempos de servicio prestados o cotizados a otras entidades diferentes al Instituto de Seguros Sociales, con anterioridad al 1 de abril de 1994, siempre que se haya tomado en cuenta para el reconocimiento de la pensión...”

A juicio del demandante, la parte resaltada y subrayada de esta disposición, desconoce lo dispuesto en el párrafo transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, el cual adicionó el artículo 48 de la Constitución Política que en lo pertinente señala:

“A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales, ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo.

(...)

Parágrafo transitorio 3°. Las reglas de carácter pensional que rigen a partir de la fecha de vigencia de este acto legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este acto legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se

encuentren actualmente vigentes. **En todo caso perderán vigencia al 31 de julio de 2010.....**” (Resaltado por la Sala)

Argumenta el actor que la norma demandada lo que hizo fue anticipar la fecha de finalización de los regímenes pensionales especiales estipulada en el Acto Legislativo 01 de 2005 de 31 de julio de 2010 al 18 de diciembre de 2009 debido a que dicha disposición reglamentaria prevé que a partir de esta fecha únicamente se podrán radicar solicitudes de pensiones ante el Instituto de Seguros Sociales.

Para efecto de decidir, se tiene lo siguiente:

Con la expedición de la Ley 100 de 1993 se derogaron los regímenes pensionales existentes para ese momento, y se unificaron e integraron en uno solo de carácter general. Sin embargo, algunas disposiciones reguladoras de pensiones quedaron vigentes después de la entrada en marcha del Sistema General de Pensiones²¹, solo para aquellas personas que fueran beneficiarias del régimen de transición previsto por el legislador en el artículo 36 de la referida ley²².

Lo anterior obedeció como lo consideró la Corte Constitucional a **“un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecte desmesuradamente a quienes si bien no han adquirido el derecho de la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho”**²³.

De manera que por el efecto del régimen de transición, los servidores públicos que a 1 de abril de 1994 estaban afiliados al Instituto de Seguros Sociales, mantuvieron el derecho de pensionarse bajo el régimen en el que venían, esto es, al amparo de la ley 33 de 1985²⁴, y a que su pensión fuera asumida por el ISS conforme a sus reglamentos. Situación que en el lenguaje jurídico se denomina compatibilidad de pensiones y que continuó siendo aplicable en vigencia de la Ley

²¹ 1 de abril de 1994.

²² Según esta preceptiva, la edad para adquirir el derecho a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para el efecto y el monto de la pensión, serán las establecidas en el régimen al cual se encontraban afiliadas las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones 1 de abril de 1994, tuviera la edad de treinta y cinco (35) años de edad o más si son mujeres o cuarenta (40) años o más si son hombres, o quince (15) años o más de servicios. Garantía que solo es extensible a quienes se encuentran afiliados al régimen de prima media con prestación definida.

²³ Sentencia C -754 de 2004

²⁴ Por el cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Públicos y en su artículo 1 señaló: “.. 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 del último año de servicios..”

100 de 1993.

Ahora bien, el Decreto 1748 de 1995²⁵, estableció en su artículo 45 lo siguiente:

“Los empleadores del sector público afiliados al ISS se asimilan a los empleadores del sector privado. Por tanto, les será aplicable el artículo 5° del decreto 813 y no habrá lugar a la expedición de bono tipo B”²⁶

En virtud de esta disposición los empleadores públicos afiliados al ISS, fueron asimilados a los empleadores del sector privado, por tanto, les son aplicables el artículo 5 del Decreto 813 de 1994²⁷, que fuera modificado por el artículo 2° del Decreto 1160 de 1994, y que se encargó de regular el tema de la transición de las pensiones de jubilación a cargo de los empleadores del sector privado, cuyo texto es el siguiente:

“Transición de las pensiones de jubilación a cargo de los empleadores del sector privado. Tratándose de trabajadores vinculados con empleadores o empresas del sector privado que tienen a cargo el reconocimiento y pago de pensiones, para efectos de la aplicación del régimen de transición, se seguirán las siguientes reglas:

a) Cuando el trabajador cumpla con los requisitos del régimen que se le venía aplicando, tendrá derecho al reconocimiento y pago de la pensión a cargo de dicho empleador.

Reconocida la pensión de jubilación por el empleador, éste continuará cotizado al Instituto de Seguros Sociales hasta que el trabajador cumpla con los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. En ese momento el ISS procederá a cubrir dicha pensión siendo de cuenta del empleador únicamente el mayor valor, si lo hubiere entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado.

El tiempo de servicios al empleador se tendrá en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo del

²⁵ Por el cual se dicta normas para la emisión, cálculo, redención y demás condiciones de los bonos pensionales y se reglamenta los decretos Leyes 656, 1299 y 1314 de 1994, y los artículos 115, siguientes y concordantes de la Ley 100 de 1993

²⁶ Fue modificado por el artículo 1° del Decreto No. 4937 de 2009 que establece: “EMPLEADORES DEL SECTOR PÚBLICO AFILIADOS AL ISS. Para efectos de Bonos Pensionales regidos por el decreto 1748 de 1995, los empleadores del sector público afiliados al ISS se asimilan a empleadores del sector privado. Por tanto no habrá emisión de bonos tipo B. En los casos e los cuales los servidores tenga derecho a una pensión legal del sector público por aplicación del régimen de transición habrá lugar a la emisión de un bono pensional especial de tipo T..”

²⁷ Reglamento el artículo 36 de la ley 100 de 1993

ISS. Dicho Empleador trasladará al Instituto el valor correspondiente al cálculo actuarial previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, resultante a 1o. de abril de 1994 o un título representativo del mismo emitido por el empleador en las condiciones y con las garantías que señale la junta Directiva del Instituto de los Seguros Sociales. El valor de dicho cálculo se sujetará al reglamento respectivo. En el evento de que no se traslade al Instituto de Seguros Sociales el valor correspondiente, el empleador o la empresa continuara con la totalidad de la pensión a su cargo....”

Lo anterior trajo como consecuencia que con la aplicación de los decretos 813 y 1160 de 1994, tanto los empleadores privados como públicos que a la fecha de entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social²⁸ tenían a cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación, continuaran con tal obligación, de tal manera que debían reconocer la pensión una vez reunidos los requisitos del régimen que se le venía aplicando con anterioridad a 1 de abril de 1994.

Le correspondía por tanto al empleador seguir cotizando al ISS y una vez aquel cumpliera con los requisitos exigidos por la reglamentación del ISS para adquirir la pensión de vejez, este procedería a cubrirla siendo de cuenta del empleador únicamente el mayor valor, si lo hubiere.

Surgió para el Estado en consecuencia la necesidad de implementar un mecanismo de financiamiento que permitiera que el Instituto de Seguros Sociales asumiera el reconocimiento de las pensiones de jubilación de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición, antes de la fecha señalada en las normas que lo regulan.

Creó entonces, una nueva modalidad de bono pensional que se sumó a los ya existentes²⁹, son los denominados Bonos tipo T.

Su creación se dio a través del Decreto Reglamentario No. 4937 de 2009, por medio del cual se adicionó el artículo 45 del Decreto No. 1748 de 1995,

²⁸ 1 de abril de 1994

²⁹ **Bonos pensionales tipo A:** son los que se expiden a aquellas personas que se trasladen al régimen de ahorro individual con solidaridad. Decreto 1748 de 1995 artículo 1. **Bonos pensionales tipo B:** Son aquellas que se expiden a servidores públicos que se trasladen al ISS después de la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones. Decreto 1748 de 1995 artículo 1. **Bonos pensionales tipo C:** Son aquellos que debe recibir el Fondo de Previsión Social del Congreso. Decreto 816 de 2002 y los **Bonos tipo E:** Son aquellos que debe recibir la Empresa Colombiana de Petróleos, por tener un régimen exceptuado del sistema general de pensiones, de conformidad con la ley 100 de 1993. Decreto 876 de 1998.

disposición que en su artículo 2° los define así:

“Bono Pensional Especial tipo T: Bono especial que deben emitir las entidades Públicas a favor del ISS, para cubrir el diferencial existente entre las condiciones previstas en los regímenes legales aplicables a los servidores públicos antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y el régimen previsto para los afiliados al ISS, o quien haga sus veces, con el fin de que la administradora pueda realizar el reconocimiento de una pensión con régimen de transición, a los servidores públicos que a primero de abril de 1994 se encontraban en cualquiera de los siguientes casos: a) Que estuvieren laborando en entidad públicas como afiliados o como cotizantes al ISS en condición de activos ; b) que habiéndose retirado de la entidad pública fueran afiliados inactivos del ISS y no estuvieren cotizando a ninguna administradora del sistema; c) que una vez retirados de la entidad pública hubieran continuado afiliados y/o cotizando al ISS como independientes o como vinculados a una entidad privada o, d) que habiendo sido servidores públicos afiliados al ISS no cotizaban a ninguna entidad a 31 de marzo de 1994...”

El anterior texto normativo, claramente precisa que el bono pensional tipo T se emite por la entidad pública que comparte la pensión con el Instituto de Seguros Sociales, y que constituye la herramienta que permite a este último reconocer las pensiones de jubilación de los servidores públicos bajo el régimen que se le venía aplicando en su calidad de beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Tal disposición, a su vez prevé en su artículo 18, que a partir de su vigencia³⁰ procederá el reconocimiento de dicha pensión de jubilación por parte del ISS y explica que los afiliados que se encuentren en las condiciones antes descritas³¹, deben radicar su solicitud de pensión ante el ISS o quien haga su veces y esta entidad debe proceder a reconocer tal prestación.

En conclusión, esta normatividad en la forma como fue concebida, precisa para

³⁰ 18 de diciembre de 2009

³¹ “...: a) Que estuvieren laborando en entidad públicas como afiliados o como cotizantes al ISS en condición de activos ; b) que habiéndose retirado de la entidad pública fueran afiliados inactivos del ISS y no estuvieren cotizando a ninguna administradora del sistema; c) que una vez retirados de la entidad pública hubieran continuado afiliados y/o cotizando al ISS como independientes o como vinculados a una entidad privada o, d) que habiendo sido servidores públicos afiliados al ISS no cotizaban a ninguna entidad a 31 de marzo de 1994” (Artículo 2 del Decreto 4937 de 2009)

lo que interesa en el presente asunto, que a partir de su vigencia, esto es, 18 de diciembre de 2009, las pensiones de jubilación del régimen de transición de los servidores públicos que estuvieron afiliados al Instituto de Seguros Sociales a 1 de abril de 1994³², podrán ser reconocidas por este ente o por quien haga sus veces, sin que la entidad pública tenga que hacerlo transitoriamente, para lo cual deberá de emitir el respectivo bono tipo T.

Ahora bien, el Acto Legislativo 01 de 2005 adicionó el artículo 48 de la Constitución Nacional, con la finalidad de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, e introdujo una serie de reformas en materia pensional, que afectan entre otros, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, la vigencia de los regímenes especiales y las prerrogativas contenidas en Pactos o Convenios Colectivos de Trabajo para acceder a las pensiones correspondientes.

En él contempló expresamente la extinción a partir del 31 de julio de 2010 de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados y cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes contenidas en el Sistema General de Pensiones³³.

En su parágrafo transitorio 3° señala:

“..Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010...”

El cargo que le hace la parte actora a la disposición acusada, artículo 18 del Decreto 4937 de 2009, se centra en el hecho de que al establecerse que solo a partir del 18 de diciembre de 2009, fecha en que entró en vigencia tal normatividad, se pueden radicar las solicitudes de pensiones en el ISS, se está anticipando la fecha de extinción de los regímenes especiales establecida por el

³² A esta clase de servidores se le aplica ley 33 de 1985.

³³ Parágrafo transitorio 2° del Acto Legislativo 01 de 2005. Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los párrafos del presente artículo 3, la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010... 2

Acto Legislativo 01 de 2005, de 31 de julio de 2010 por la de 18 de diciembre de 2009.

Conforme a las precisiones que en precedencia se hicieran a la norma acusada, no asiste razón a la parte demandante, pues nada diferente hizo el Estado de implementar un mecanismo de financiación para que el Instituto de Seguros Sociales o quien haga sus veces pueda asumir las pensiones de jubilación de los empleados públicos amparados por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, sin esperar a que reuniera los requisitos exigidos por las reglamentaciones del mismo ISS.

Quiere decir que a partir de la vigencia del Decreto 4937 de 2009³⁴ el Instituto de Seguros Sociales o quien haga sus veces, en su calidad de administradora del Régimen Prima Media, debe reconocer pensiones legales de jubilación, que estaban en cabeza de las entidades públicas a la edad prevista en el régimen del sector público³⁵, esto es, a los 55 años de edad y no a los 60 años conforme al régimen del ISS, circunstancia que obliga a la entidad pública a cubrir la diferencia del valor de la pensión derivada de las condiciones del régimen del ISS y del aplicable al respectivo servidor público a través de la expedición del bono especial tipo T.

La proposición jurídica de la norma acusada va dirigida de manera puntual a la financiación a través del bono pensional tipo T de las pensiones legales del sector público³⁶, así aparece concebida en el artículo 1 del Decreto 4937 de 2009, que modificó el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995, en la que en su parte pertinente, se lee : "...En los casos en los cuales los servidores públicos tenga derecho a una **pensión legal del sector público** por aplicación del régimen de transición habrá lugar a la emisión de un bono pensional especial tipo T." (Resaltado por la Sala).

Bajo esta perspectiva, la norma parcialmente acusada, no modifica el mandato constitucional a través del cual se determinó que los regímenes especiales terminarían el 31 de julio de 2010, en tanto que su finalidad en nada choca con el texto del acto reformativo de la Carta.

³⁴ 18 de diciembre de 2009

³⁵ Ley 33 de 1995 artículo 1 señala que: "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 en el último año de servicios..."

En estos términos, el Gobierno Nacional con la expedición del referido Decreto no desbordó su potestad reglamentaria, no introdujo disposiciones o preceptos que contravengan el Acto Reformatorio de la Constitución que adicionó su artículo 48, pues se limitó a establecer un mecanismo de financiamiento para facilitarle al ISS el reconocimiento de la pensión de jubilación de servidores públicos beneficiarios del régimen de transición a través de la creación de los bonos pensionales tipo T.

Una es la fecha a partir de la cual se autorizó al ISS para reconocer pensiones del sector público, y otra la que fija el Acto Legislativo para la extinción de los regímenes especiales.

Por las argumentaciones que anteceden se denegaran las pretensiones de la demanda y se mantendrá la norma acusada en los términos como fue expedida.

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,

FALLA

NIÉGANSE las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y una vez ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

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

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

³⁶ Ley 33 de 1985

ALFONSO VARGAS RINCÓN