

REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA – Concepto. Condiciones

El Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que es la modalidad clásica para la financiación de las pensiones que ya estaba vigente en el país, se basa en la técnica del contrato de seguro, donde los aportes de los afiliados y los empleadores, así como sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública y el monto de la pensión es preestablecido, así como la edad de jubilación y las semanas mínimas de cotización, requiriendo que el afiliado alcance una edad que en la actualidad es de 55 años para mujeres y 60 años para los hombres pero, a partir del año 2014, será de 57 años para las mujeres y 62 años para los hombres y también se requiere el pago cotizaciones (que harían las veces de la prima de un seguro) por un mínimo de semanas efectivas al Sistema, empezando por 1000 semanas y a partir del 1o de enero del año 2005 el número de semanas que deben cotizarse al sistema se incrementó en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementó en 25 por cada año hasta llegar a un máximo de 1.300 semanas para quienes cumplan la edad de pensión a partir del año 2015. En caso de no cumplirse los requisitos, el afiliado puede solicitar una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD – Condiciones

Por su parte, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se exige al afiliado una edad específica ni tampoco un mínimo de semanas cotizadas, sino que, como sistema de capitalización, requiere que en la cuenta individual de ahorro manejada por la entidad administradora haya acumulado un capital mínimo (incluyendo el valor del bono pensional, si hay lugar al mismo) que le permita obtener una pensión mensual equivalente por lo menos al 110% del salario mínimo legal mensual vigente. El monto de la pensión es variable, y depende del valor acumulado en la cuenta, de la edad a la cual decida retirarse el afiliado, de la modalidad de la pensión y de la rentabilidad de los ahorros acumulados y en el evento de no alcanzarse la pensión por insuficiencia de capital pensional, se efectuará la devolución de saldos, toda vez que dicho capital está en la cuenta y a nombre del afiliado aportante.

REGIMEN DE TRANSICION – Aplicación. Régimen de prima media con prestación definida

El régimen de transición pensional es un beneficio que la Ley 100/93 –art. 36- reconoce exclusivamente a favor de los trabajadores del régimen de prima media con prestación definida, dado que la norma se ubica bajo el acápite “Pensión de vejez” que, a su vez, forma parte del título segundo de la referida ley, relativo al “Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida”. El anterior régimen resulta aplicable a las personas que al entrar en vigencia el sistema tenían 35 o más años, si eran mujeres, o 40 o más, si se trataba de hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, y consiste en el derecho a acceder a la pensión de vejez o de jubilación, con el cumplimiento de los requisitos relativos a edad, tiempo de servicio o semanas de cotización y monto pensional que se exigían en el régimen al que estuvieran afiliados en el momento de entrar a regir la ley en pensiones. Por lo tanto, tales condiciones se rigen por las disposiciones que regulaban el derecho pensional al cual se encontraban afiliados si era del orden nacional al 1º de abril de 1994 y del orden territorial a más tardar al 30 de junio de 1995 (art. 151 L.100/93).

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 36

TRASLADO DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA – Conservación del régimen de transición. Requisitos. Sentencia de Constitucionalidad

Las personas que al 1º de abril de 1994 –cuando entró en vigencia el Sistema General de Pensiones en el sector privado y en el sector público del orden nacional- tenían 15 o más años de servicios o cotizaciones, y hubieran seleccionado el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) podrán, con el propósito de que les sea aplicado el régimen de transición, trasladarse en cualquier tiempo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM), constituyendo así una excepción a la regla de permanencia mínima y a la prohibición prevista en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. No obstante, para que proceda la aplicación del régimen de transición y, por consiguiente, el traslado en cualquier tiempo de dichos afiliados al RPM, es necesario que se acrediten los requisitos señalados por la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002 ya transcritos.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 13 / LEY 797 DE 2003 – ARTICULO 2

DEMANDA DE NULIDAD – Concepto de violación. Prevalencia del derecho sustancial

En este sentido y como lo sostenido esta Corporación desde tiempo atrás, el concepto de violación determina el marco de juzgamiento del juez quien, conforme con el artículo 170 del C.C.A., está obligado a analizar entre otros, “los argumentos de las partes” al dictar su sentencia “porque siendo la jurisdicción administrativa una jurisdicción rogada el juez administrativo debe concretarse a los motivos de violación alegados por el demandante y a las normas que él mismo haya señalado como infringidas”. Con todo, el hecho de que la jurisdicción de lo contencioso administrativo ejerza su función respecto de los actos administrativos conforme al marco definido en el acápite de normas violadas y concepto de la violación de la demanda, no implica que éste deba elaborarse considerando ciertas formalidades, es suficiente con que refiera argumentos que permitan establecer los alcances de la impugnación que se plantea. Sólo de esa forma se logran conciliar principios como los de la legalidad, del que se deducen la presunción de legalidad del acto administrativo y el carácter de rogada de la jurisdicción, con otros como el de la prevalencia del derecho sustancial”.

TRASLADO DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA – Conservación del régimen de transición. Saldo de la cuenta no sea inferior al monto total del aporte de haber permanecido en él y de los rendimientos que se hubieren obtenido Facultad reglamentaria

Al efectuar la Sala 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 encuentra que no hay identidad entre los mismos, ya que lo dispuesto en el decreto reglamentario resulta lesivo, en la mayoría de las ocasiones, para quienes tienen la intención de volver al RPM con los beneficios de la transición, pues el saldo de la cuenta pensional, incluyendo sus rendimientos, no resulta suficiente para equiparar la rentabilidad que obtiene el fondo común que por ley – art. 52 L.100/93- administra el Instituto de Seguros

Sociales, entidad que conforme lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley 1151 de 2006 se deberá liquidar y se creará la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES. 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 que, en palabras del actor, resulta en la práctica casi imposible de cumplir, si se tiene en cuenta que un sencillo 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, resultan 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 deber darse aplicación al régimen de transición, situación que está prevista en una norma diferente de la misma ley, vale decir, en el artículo 36. De acuerdo con todo lo anterior, se accederá a las pretensiones de la demanda declarando la nulidad del literal b) del artículo 3º del Decreto 3800 de 2003 por cuanto, con las exigencias allí previstas, el ejecutivo desbordó la potestad reglamentaria del artículo 189 numeral 11 de la Carta, en consideración a que la norma reglamentada y el decreto no están referidos al mismo tema y el reglamentario no se ciñe en un todo a la materia regulada. Tampoco el artículo reglamentado ni la jurisprudencia constitucional que hace tránsito a cosa juzgada se refieren a la equivalencia entre el saldo y los rendimientos entre ambos regímenes pensionales para que pueda proceder legalmente el regreso al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de aquellos afiliados señalados en el decreto, como sí se hizo en los apartes objeto de la demanda. Asimismo, se declarará la nulidad del último inciso del precitado artículo en razón a su conexidad directa con el literal b) que se anula en la presente decisión, porque la única condición para que le resulte aplicable el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 una persona que a 1º de abril de 1994 tenía mínimo 15 años de servicios prestados o semanas cotizadas, que hubiere seleccionado el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y decida trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, es que al cambiarse nuevamente al Régimen de Prima Media, traslade el saldo de la cuenta de ahorro individual, razón por la cual no se debe realizar consideración alguna respecto del valor del bono pensional para la procedencia del traslado.

**NORMA DEMANDA : DECRETO 3800 DE 2003- GOBIERNO NACIONAL
ARTICULO 3 (nulo parcial)**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., seis (6) de abril de dos mil once (2011).-

Radicación número: 11001-03-25-000-2007-00054-00(1095-07)

Actor: ENRIQUE GUARIN ALVAREZ Y OTRO

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

**AUTORIDADES NACIONALES
DECRETOS DEL GOBIERNO.-**

Procede la Sala a dictar sentencia en la acción pública de simple nulidad ejercida por los ciudadanos Enrique Guarín Alvarez y Héctor Leyton Méndez, quienes solicitaron la nulidad parcial del literal b) del artículo 3º del Decreto 3800 del 29 de diciembre de 2003, expedido por el Presidente de la República y suscrito por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social.

ANTECEDENTES

1. La demanda.

Enrique Guarín Alvarez y Héctor Leyton Méndez en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demandan la nulidad parcial del literal b) del artículo 3º del Decreto 3800 del 29 de diciembre de 2003, “por el cual se reglamenta el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003”.

Como argumento central de la anterior pretensión refieren los actores que la Ley 100 de 1993 fue promulgada con el propósito de que las personas gozaran de una mejor calidad de vida, pudieran seleccionar libremente el régimen pensional más favorable y tuviesen acceso a todos los beneficios previstos en los regímenes pensionales, dando cumplimiento a los principios de universalidad, solidaridad e integralidad.

Si bien no se citan de manera directa las normas vulneradas, en el concepto de la violación se hace referencia a los artículos 53 de la Constitución Política; 13 y 36 de la Ley 100 de 1993 y 2 y 7 de la Ley 797 de 2003, y se exponen los siguientes argumentos:

Expresan que el literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 señaló que la selección de uno cualquiera de los regímenes es libre y voluntaria, esto es, que los afiliados pueden escoger el régimen de pensiones que prefieran y ello se mantuvo

con la Ley 797 de 2003, norma que en su artículo 7 dispuso la distribución del ingreso base de cotización, permitiendo concluir que el aporte legal que recauda el régimen de prima media siempre será superior al que recauda el régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo tanto, la exigencia de la norma acusada relacionada con los rendimientos financieros y con el aporte legal no puede cumplirse en condiciones normales. Así las cosas, la norma acusada parcialmente ha partido de una supuesta igualdad en cuanto al reparto de las cotizaciones entre los dos regímenes, igualdad que no existe conforme lo estipulado en las disposiciones de la Ley 100/93 y, adicionalmente, dicha igualdad tampoco aparece en la operatividad de cada uno de los regímenes del sistema de seguridad social en pensiones.

Aducen que la selección del régimen pensional es la manifestación de la voluntad expresa y libre del trabajador para optar por uno determinado y que no puede confundirse con la posibilidad legal que brinda el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 de regresar al régimen de prima media si el afiliado ha cotizado por más de quince años a la fecha de entrar en vigencia el sistema general de pensiones.

En cuanto al régimen de transición, advierten que éste consolida una situación jurídica concreta, teniendo en cuenta que la Corte Constitucional ha manifestado que los derechos provenientes de la seguridad social son irrenunciables (arts. 48 y 53 C.P.), pero que no resulta aplicable a quienes sólo acreditaron el requisito de la edad y se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). En ese orden de ideas, por mandato de una norma superior a la acusada parcialmente, no pueden perder los beneficios de la transición quienes cumplieron el requisito del tiempo de servicio o cotizaciones (15 años a 1º de abril de 1994) y deciden regresar al régimen de prima media (RPM).

Alegan que la norma acusada parcialmente no podía exigir comparación alguna entre los rendimientos financieros que pudieron tener los aportes en una Administradora de Fondo de Pensiones (AFP) con los rendimientos de los hipotéticos aportes que el afiliado hubiese efectuado en el régimen de prima media, pues los rendimientos del saldo de la cuenta del ahorro individual no es un aspecto que los afiliados puedan determinar o en el que puedan incidir, como tampoco pueden alterar o modificar los rendimientos del fondo común de naturaleza pública del ISS.

El legislador delegado no podía perjudicar ni hacer más gravosa la situación de los trabajadores ni desconocer el principio de progresividad en materia de seguridad social, ni mucho menos podía condicionar el derecho de los trabajadores de regresar al régimen de prima media a la eficiencia o ineficiencia del Seguro Social o de las Administradoras de Fondos de Pensiones, pues el derecho al régimen de transición es de carácter personal. De mantenerse la norma como está muy pocas personas podrían regresar del RAIS al RPM, lo que implica que la misma además sería ineficaz.

Adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 determinó cuáles son los requisitos para que las personas que al 1º de abril de 1994 que tuviesen 15 o más años de servicio pudiesen gozar del beneficio de la transición, aun en el evento de haberse trasladado al RAIS y regresaran al ISS, sin hacer mención al valor de los rendimientos financieros como se indicó en el Decreto 3800 de 2003, lo que implica que dicha inclusión resulta ser inconstitucional.

Para terminar, apuntan que la norma acusada vulnera el principio del respeto a la ley, pues desconoce de manera evidente que las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 en ningún momento han limitado el ejercicio del derecho a regresar al ISS, después de estar en un fondo de pensiones, a la rentabilidad de éstos últimos.

2. Suspensión provisional.

En un acápite de la demanda se solicitó la suspensión provisional de las expresiones de la norma acusada, petición que fue denegada por la Sala mediante auto del 13 de septiembre de 2007 por no observarse prima facie la manifiesta infracción de la disposición invocada como fundamento de la misma (fls. 16-20).

3. Contestación a la demanda.

En defensa de la norma demandada se presentaron escritos de contestación en el siguiente orden:

3.1 Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Se opone a las pretensiones de la demanda (fls. 38-43) destacando que si bien para la Corte Constitucional, en aplicación del principio de proporcionalidad, es necesario preservar las expectativas legítimas de quienes tenían 15 o más años de servicio al momento de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, debe armonizarse

este derecho con el interés público que subyace en la viabilidad financiera del Régimen de Prima Media (RPM). Por tanto, cuando alguno de los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) desee regresar al RPM para ser beneficiario del régimen de transición, es necesario que el monto total del ahorro que se transfiera al RPM no sea inferior al monto del aporte correspondiente si hubiera permanecido en dicho régimen.

Además, al recuperar la transición bajo las condiciones señaladas por la Corte Constitucional en la sentencia C-789/02 no se afecta el principio de igualdad entre las personas que se trasladaron del RAIS y los que permanecieron en el RPM. Es así que la Corte en sentencia C-1024/04 que versa sobre el mismo tema destacó que “el objetivo perseguido por la disposición demandada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se aparta del valor material de la justicia, que las personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros”.

Por otra parte, alega que la norma demandada no impone un requisito adicional sino que retoma lo señalado por la Corte Constitucional, pues se quiere preservar la estabilidad financiera del RPM. Pretender que el afiliado del RAIS regrese al RPM sin pagar los rendimientos financieros que éste ha venido obteniendo, implica claramente atentar contra los intereses de quienes permanecieron afiliados a él pues afecta la estabilidad del RPM y teniendo en cuenta que en el RAIS existen administradores profesionales de inversión y de que las reglas expedidas por el gobierno permiten realizar inversiones diversificadas, seguras, rentables y líquidas (art. 100 L.100/93), nada hace suponer que los valores obtenidos en la inversión de recursos del RAIS sean inferiores que los del RPM, cuando en éste último la única inversión posible es, en principio, la deuda pública (art. 54 ib.).

3.2 Ministerio de la Protección Social. Se opone igualmente a la prosperidad de las pretensiones destacando la legalidad de la norma acusada, aclarando que la Constitución Política garantiza a todos los colombianos la seguridad social, derecho inherente a la finalidad social del Estado, para lo cual se implementan una serie de políticas, planes, programas, acciones y funciones que reflejan una clara intervención estatal.

Expone como razones de la defensa que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, norma reglamentada, no se ocupa de los derechos establecidos en el régimen de transición del artículo 36 ibídem, ni mucho menos tiene que ver con la rentabilidad de los fondos de pensiones.

Advierte que la demanda se presentó en forma indebida por cuanto no cumple con el requisito de indicar las normas violadas por el literal b) del artículo 3 del Decreto 3800 de 2003, desconociéndose de esta manera lo preceptuado en el numeral 4º del artículo 137 del C.C.A. y, en consecuencia, debe proferirse un fallo inhibitorio.

Aclara que la norma demandada se ocupa de reglamentar cómo opera el traslado de régimen cuando la persona se encuentra cobijada por la transición de la Ley 100/93 por contar con 15 años de servicio sin perder el derecho a la misma al haberse trasladado al RAIS, en consonancia con lo dispuesto en la sentencia C-789 de 2002. Por consiguiente, contrario a lo manifestado por el actor, con la disposición legal demandada no se excede la facultad reglamentaria dado que se están estableciendo los requisitos para que las personas que se encuentren en dicha situación puedan regresar al RPM sin que opere la restricción establecida en la parte final del literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, siguiendo para ello los lineamientos señalados por la Corte Constitucional en la sentencia C-789-02 que posteriormente fueron ratificados en la C-1024-04; en otras palabras, con el literal b) del Decreto 3800/03 no se modifica de manera alguna el régimen de transición, sino que se establecen las reglas de movilidad entre el RAIS y el RPM para aquellas personas que se encontraban en el mismo en razón de contar con 15 años de servicio al momento en que entró en vigencia la Ley 100/93.

Se plantea que en el aparte demandado se protege la viabilidad financiera del RPM pues de permitirse que las personas que en desarrollo de la libertad de escogencia de régimen pensional se inclinaron por el de ahorro individual, regresen a aquél con los mismos beneficios como si hubieren permanecido en él aportando sumas de dinero inferiores a las que existirían en el fondo común de no haberse marchado, implicaría que el fondo común tendría que hacer un mayor esfuerzo frente a estas personas en relación con aquellas que permanecieron en el mismo, lo cual vulneraría sin lugar a dudas el principio de la equidad, como lo señala la misma Corte Constitucional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

- La parte demandante citó como vulnerados los artículos 2, 6, 13, 25, 48, 53, 150 y 189 de la Carta y transcribió la parte resolutive de la sentencia C-789 de 2002, aclarando que la jurisprudencia previó que el ahorro no debe ser inferior al monto del aporte legal correspondiente, es decir, que las personas que optan por trasladarse nuevamente del RAIS al RPM deben traer consigo todo el ahorro generado mientras permaneció afiliado al RAIS, el cual está constituido por los aportes mensuales y los correspondientes rendimientos que esas cotizaciones generan.

Concluye manifestando que al expedir la norma parcialmente demandada el ejecutivo extralimitó su potestad porque en aras de reglamentar el traslado entre los regímenes colocó una talanquera para aquellas personas que teniendo el derecho adquirido a la transición no pueden ser beneficiarios de ella ya que el capital que genera una cuenta de ahorro individual con respecto a los rendimientos, no puede compararse con los que genera un fondo común de naturaleza pública el cual recauda no sólo los aportes a vejez sino que adicionalmente no tiene a su cargo valores administrativos ya que es un fondo público que no puede tener otro tipo de gasto sino el exclusivo a pagos de prestaciones económicas mientras en el caso de los fondos administrados por el RAIS se les deben aplicar cargos de administración y otros.

Por consiguiente, con la norma acusada se le está pidiendo al asegurado completar unos recursos que son casi imposibles de obtener y que en la práctica son muy pocas las personas que con la aplicación del Decreto 3800 de 2003 han recuperado el régimen de transición (fls. 100-108).

- El Ministerio de la Protección Social reitera en su integridad los argumentos esgrimidos al momento de contestar la demanda tal y como consta a folios 73 a 81 del plenario.

- El Ministerio de Hacienda y Crédito Público advierte que constituye una vulneración a los principios de igualdad y equidad de los afiliados al fondo común

que administra el RPM tener que financiar pensiones por las que no recibió el aporte correspondiente, generando una disminución o descapitalización de este fondo que se traduce en la desprotección de todos los cotizantes a dicho régimen. Por ello, en términos económicos y de proporcionalidad, los requisitos señalados en el literal b del artículo 3 del Decreto 3800/03 buscan asegurar que las decisiones de traslado entre regímenes se realice con neutralidad, es decir, procurando mantener alguna equivalencia entre el valor del ahorro obtenido en el RAIS y el que hubiera logrado en el RPM, incluyendo en ambos casos los rendimientos.

Resultaría por demás no ajustado a la ley que la Administradora del Fondo de Pensiones (AFP) debiera rembolsar al afiliado que regresa al RPM exclusivamente el aporte legal excluyendo los rendimientos que por valorización de estos aportes se hubieran generado, situación que no sería “operativamente posible”, por cuanto una vez entran las cotizaciones por pensión a la cuenta individual lo que se tienen son “unidades” que involucran tanto el capital como sus rendimientos y para el sistema, de acuerdo con las normas, la unidad tiene un valor que varía de acuerdo con cada fondo según sus rendimientos, por lo que cuando se va a realizar un retiro de la cuenta de ahorro individual, por llegar al momento de la pensión o por un traslado, lo que se hace es aplicar el valor de la unidad del día al número de unidades que se tenga en la cuenta a dicha fecha, razón por la cual la norma no impone un requisito adicional sino que está implícito en las disposiciones que regulan el RAIS y acorde con lo que establece la Constitución en materia de protección de los recursos de la seguridad social.

En este sentido, lo que reglamenta el Decreto 3800 de 2003 se ajusta a lo que la Corte Constitucional señala en la sentencia C-789-02 y que no corresponde a lo pretendido por el demandante que es que el afiliado al RAIS regrese al RPM trasladando únicamente los aportes realizados sin tener en consideración la totalidad de la cuenta de ahorro individual, pero sin señalar qué se hace con los rendimientos (fls. 94-98).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado estima oportuno denegar las pretensiones de la demanda, considerando inicialmente que a pesar de que el actor no invocó directamente las normas superiores violadas, de la lectura total de la demanda se desprende la presunta violación de los artículos 48

y 58 de la Carta, así como el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, en ese orden, se debe evitar un fallo inhibitorio.

En cuanto al problema jurídico de fondo, transcribió apartes de la sentencia C-789 de 2002 y concluyó que la prevalencia del interés general relacionado con el derecho progresivo a la seguridad social hace imposible jurídicamente un tratamiento igualitario entre los sujetos beneficiarios de los dos regímenes pensionales. De la misma manera, resulta racional la discriminación en este caso, sin que por ello resulte injusta y odiosa respecto del afiliado al régimen de ahorro individual si no cumple la condición del monto igual al régimen de prima media, en el entendido de que el principio de solidaridad no puede ser desconocido o mal interpretado, como tampoco los postulados de universalidad en cuanto a futuros derechohabientes ni la eficiencia en el manejo de los recursos, máxime cuando la decisión de la Corte Constitucional en la sentencia referida dejó establecido imperativamente que el retorno al régimen de prima media debe someterse a condiciones económicas que no alteren sus recursos y patrimonio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Cuestión previa.

Advierte el Ministerio de la Protección Social que se debe dictar un fallo inhibitorio en razón a que el actor no relacionó las normas de carácter superior que consideraba violadas con la expedición de los apartes demandados del literal b) del artículo 3º del Decreto 3800 de 2003.

Al respecto, la Sala comparte el criterio expuesto por el señor Procurador Tercero Delegado y en este asunto no resulta procedente proferir una decisión inhibitoria, toda vez que si bien el demandante no indicó de manera expresa las normas superiores vulneradas, del contenido de la demanda y, en especial, dentro del acápite denominado "Razones y fundamentos jurídicos de la presente acción" se hace expresa mención a los artículos 53 de la Carta, así como a los artículos 13 y 36 de la Ley 100 de 1993 y, a los artículos 2 y 7 de la Ley 797 de 2003.

El artículo 37, numeral 4º, del Código de Procedimiento Civil, aplicable por analogía al procedimiento administrativo, prevé como uno de los deberes del juez emplear todos los poderes concedidos por la ley para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias, lo que

implica que los casos en que haya lugar a un fallo inhibitorio debe ser de tal naturaleza, que agotadas por el juez todas las posibilidades que el ordenamiento jurídico le ofrece para resolver el asunto, resulte imposible proferir una decisión de fondo. De manera que, siempre que exista alguna posibilidad de llegar a tal decisión, la obligación inexcusable del fallador consiste en adelantar todas las medidas de saneamiento necesarias, so pena de incurrir en una denegación de justicia¹.

Si falta entonces un presupuesto procesal de la demanda, la decisión no puede ser sino inhibitoria, situación que no acontece en esta litis, por cuanto la demanda sí relaciona, aunque no sea en un acápite separado, las normas que en concepto del actor fueron violadas con la expedición de la disposición parcialmente acusada y, en ese orden, se decidirá de fondo la controversia objeto del proceso.

2. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala determinar: (i) si el Gobierno Nacional excedió la potestad reglamentaria que le otorga la Constitución Política al establecer el requisito dispuesto en el literal b) del artículo 3º del Decreto 3800 de 2003 para que pueda llevarse a cabo el regreso al régimen de prima media de los beneficiarios del régimen de transición que se trasladaron al régimen de ahorro Individual sin perder los beneficios de la transición y, ii) si la exequibilidad condicionada de los incisos cuarto y quinto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 efectuada por la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002 requieren de norma reglamentaria.

3. Marco normativo.

A continuación se transcribe la totalidad del artículo 3º del Decreto 3800 de 2003, resaltando las expresiones que fueron objeto de la demanda de nulidad:

Decreto Número 3800 de 2003

por el cual se reglamenta el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las conferidas en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política,

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección "A". Radicación número: 11001-03-15-000-2008-01063-01(AC). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

DECRETA:

(...)

Artículo 3°. Aplicación del Régimen de Transición. En el evento en que una persona que a 1° 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 que hubieren permanecido en el Régimen de Prima Media,** incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en éste 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”.

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 2° 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”.

A su vez, el artículo 18 ibídem pretendió modificar parcialmente el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, relativo al régimen de transición del régimen de prima media con prestación definida, en los siguientes términos:

“Artículo 18. Se modifica el inciso segundo, se modifica el inciso quinto y se adiciona el párrafo 2° 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 encuentren afiliados. Las demás condiciones, requisitos y monto de la pensión de acuerdo con lo señalado en el numeral 2 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 1° 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 con 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, descontado 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 1° de abril de 1994 tenían 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 calculará de acuerdo con lo establecido en la Ley 100 de 1993 para el régimen de ahorro individual con solidaridad (...)."

Sin embargo, la norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, junto con otras de la misma Ley 797/03, por vicios de procedimiento en su aprobación, en sentencia C-1056/03.²

Como se observa, el Legislador no hizo referencia al monto a trasladar por parte de la Administradora del Fondo de Pensiones (AFP) al Seguro Social, teniendo en cuenta que aunque el valor de las cotizaciones es igual en uno u otro régimen, la forma de aplicar o distribuir el porcentaje de cotización en el régimen de prima media es diferente al previsto en el de ahorro individual.

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

² Sentencia C-1056 del 11 de noviembre de 2003, con ponencia del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra. El mismo año el Congreso aprobó la Ley 860 que en su artículo 4° dispuso nuevamente una modificación al régimen de transición pensional; empero, de igual manera fue declarada inconstitucional dicha norma en sentencia C-754 de 2004.

derecho a la pensión de vejez, podían trasladarse por única vez entre regímenes hasta dicha fecha.

Igualmente, el artículo 3º de citado decreto limitó la aplicación del régimen de transición, advirtiendo que a las personas que al 1º 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 (RPM), incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido de haber permanecido allí afiliado.

Más adelante el Acto Legislativo No. 1 de 2005 adicionó el artículo 48 de la Constitución Política estableciendo que “[e]l Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del sistema pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley (...)”. De igual manera, hizo referencia al número máximo de mesadas pensionales a recibir y a la fecha límite de aplicación del régimen de transición pensional, entre otros aspectos.

4. Los regímenes del Sistema General de Pensiones.

El Sistema General de Pensiones, como desarrollo del derecho constitucional a la seguridad social (art. 48), tuvo una gran innovación a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, quedando establecidos unos mecanismos o 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.

En primer lugar, considera la Sala oportuno hacer mención a las condiciones que establecen cada uno de los regímenes del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993 para acceder a la pensión de vejez, pues los requisitos para obtener tal prestación son distintos en el régimen de prima media frente al régimen de ahorro individual.

El Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que es la modalidad clásica para la financiación de las pensiones que ya estaba vigente en el país, se basa en la técnica del contrato de seguro, donde los aportes de los afiliados y los empleadores, así como sus rendimientos, constituyen un fondo común de

naturaleza pública y el monto de la pensión es preestablecido, así como la edad de jubilación y las semanas mínimas de cotización, requiriendo que el afiliado alcance una edad que en la actualidad es de 55 años para mujeres y 60 años para los hombres pero, a partir del año 2014, será de 57 años para las mujeres y 62 años para los hombres y también se requiere el pago cotizaciones (que harían las veces de la prima de un seguro) por un mínimo de semanas efectivas al Sistema, empezando por 1000 semanas y a partir del 1o de enero del año 2005 el número de semanas que deben cotizarse al sistema se incrementó en 50 y a partir del 1o de enero de 2006 se incrementó en 25 por cada año hasta llegar a un máximo de 1.300 semanas para quienes cumplan la edad de pensión a partir del año 2015. En caso de no cumplirse los requisitos, el afiliado puede solicitar una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Por su parte, en el **Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad** no se exige al afiliado una edad específica ni tampoco un mínimo de semanas cotizadas, sino que, como sistema de capitalización, requiere que en la cuenta individual de ahorro manejada por la entidad administradora haya acumulado un capital mínimo (incluyendo el valor del bono pensional, si hay lugar al mismo) que le permita obtener una pensión mensual equivalente por lo menos al 110% del salario mínimo legal mensual vigente. El monto de la pensión es variable, y depende del valor acumulado en la cuenta, de la edad a la cual decida retirarse el afiliado, de la modalidad de la pensión y de la rentabilidad de los ahorros acumulados y en el evento de no alcanzarse la pensión por insuficiencia de capital pensional, se efectuará la devolución de saldos, toda vez que dicho capital está en la cuenta y a nombre del afiliado aportante.

En términos generales³, todos los trabajadores tanto del sector público como del sector privado pueden seleccionar uno y sólo uno de los regímenes de pensiones que estimen más conveniente a sus intereses y expectativas, pues ambos son excluyentes (art. 12 L.100/93).

5. El régimen de transición.

El régimen de transición pensional es un beneficio que la Ley 100/93 –art. 36– reconoce exclusivamente a favor de los trabajadores del régimen de prima media con prestación definida, dado que la norma se ubica bajo el acápite “Pensión de

³ Se exceptúan los trabajadores de las entidades o empresas a las que se refiere el artículo 279 de la ley 100 de 1993, a quienes no se les aplica el Sistema de Seguridad Social Integral.

vejez” que, a su vez, forma parte del título segundo de la referida ley, relativo al “Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida”.

El anterior régimen resulta aplicable a las personas que al entrar en vigencia el sistema tenían 35 o más años, si eran mujeres, o 40 o más, si se trataba de hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, y consiste en el derecho a acceder a la pensión de vejez o de jubilación, con el cumplimiento de los requisitos relativos a edad, tiempo de servicio o semanas de cotización y monto pensional que se exigían en el régimen al que estuvieran afiliados en el momento de entrar a regir la ley en pensiones. Por lo tanto, tales condiciones se rigen por las disposiciones que regulaban el derecho pensional al cual se encontraban afiliados si era del orden nacional al 1º de abril de 1994 y del orden territorial a más tardar al 30 de junio de 1995 (art. 151 L.100/93).

En sentencia C-596 de 1997 la Corte Constitucional al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, determinó:

“La creación de un régimen de transición constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionares, en el momento del tránsito legislativo. Concluyó en esa oportunidad que ‘no resulta admisible el argumento que esgrime el demandante, en el sentido de que quienes cumpliendo la edad y teniendo afiliación vigente al momento de entrar a regir el sistema de pensiones de la Ley 100 de 1993, consolidaron en su cabeza una situación jurídica o adquirieron un derecho, por el tiempo en que se mantuvieron en el régimen de prima media con prestación definida, pues para el momento en que renunciaron voluntariamente a dicho régimen no habían adquirido el derecho a la pensión. Tenían apenas una expectativa legítima, a la cual decidieron renunciar voluntaria y autónomamente, para trasladarse al sistema de ahorro individual con solidaridad”.

En tal medida, en relación con las condiciones previstas en el artículo 36 ibídem, que le impide al legislador expedir normas que permitan renunciar a tales beneficios considerados como mínimos, la mencionada sentencia C-596/97 sostuvo frente a la irrenunciabilidad a los beneficios laborales mínimos, que "los

beneficios que son irrenunciables son aquellos que se erigen como derechos ciertos o adquiridos, y, como se vio, la mera posibilidad de pensionarse con el cumplimiento de ciertos requisitos y en determinadas condiciones, no constituye un derecho adquirido sino una simple expectativa de derecho".

Adicionalmente, el Acto Legislativo No. 1 de 2005 en su párrafo transitorio No. 4 determinó que el régimen de transición no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente de 15 años de servicios al 25 de julio de 2005 –fecha de entrada en vigencia del acto- quienes podrán seguir amparados con la transición hasta el 31 de diciembre de 2014 efectuando de esta manera un desmonte de la transición pensional prevista en la Ley 100 de 1993.

6. Condiciones para el regreso al Régimen de Prima Media sin llegar a perder el régimen de transición pensional.

El artículo 2º 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".

Sin embargo, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en sus incisos 4 y 5 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 régimen de prima media así:

"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".

Al analizar la constitucionalidad de estos incisos, la Sala Plena de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil, en sentencia C-789 del 24 de septiembre de 2002, moduló su decisión disponiendo en la parte resolutive de la misma lo siguiente:

“PRIMERO.- Declarar **EXEQUIBLES** los incisos 4º y 5º, del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se entienda que estas disposiciones no se aplican a quienes habían cumplido quince (15) años o más de servicios cotizados, al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones de la Ley 100 de 1993, conforme a lo establecido en la parte motiva de esta sentencia. Con todo, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona.

“SEGUNDO.- Declarar así mismo **EXEQUIBLE** el inciso 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que el régimen de transición se aplica a quienes, estando en el régimen de prima media con prestación definida, se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, habiendo cumplido el requisito de quince (15) años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, y decidan regresar al régimen de prima media con prestación definida, siempre y cuando: a) trasladen a éste todo el ahorro que efectuaron al régimen de ahorro individual con solidaridad; y b) dicho ahorro no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media. En tal caso, el tiempo trabajado les será computado en el régimen de prima media”.

Y más adelante en sentencia C-1024 del 20 de octubre de 2004, con ponencia del mismo magistrado, declaró “exequible el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en el siguiente aparte previsto en el literal e), a saber: ‘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; (...)’, 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”.

Como corolario de lo anterior, las personas que al 1º de abril de 1994 –cuando entró en vigencia el Sistema General de Pensiones en el sector privado y en el sector público del orden nacional- tenían 15 o más años de servicios o cotizaciones, y hubieran seleccionado el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) podrán, con el propósito de que les sea aplicado el régimen de transición, trasladarse en cualquier tiempo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM), constituyendo así una excepción a la regla de permanencia mínima y a la prohibición prevista en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. No obstante, para que proceda la aplicación del régimen de transición y, por consiguiente, el traslado en cualquier tiempo de dichos afiliados al

RPM, es necesario que se acrediten los requisitos señalados por la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002 ya transcritos.

7. La situación concreta a decidir.

Al proceder con el estudio de la solicitud de nulidad propuesta por los actores, se encuentra que la demanda indica que “la nulidad parcial impetrada es en lo referente a lo subrayado y destacado”, pero no se resalta la expresión “... incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en este último”.

Sin embargo, dentro del concepto de la violación, denominado en la demanda como razones y fundamentos jurídicos de la presente acción, los demandantes alegan, entre otros aspectos jurídicos, “... que legalmente el Decreto acusado parcialmente no podía exigir comparación alguna entre los rendimientos financieros que pudieron tener los aportes en una AFP, con los rendimientos de LOS HIPOTÉTICOS aportes que el afiliado hubiese efectuado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues los rendimientos financieros del saldo de la cuenta de ahorro pensional en las AFP, no es un aspecto que los afiliados puedan determinar o en el que puedan incidir, como tampoco pueden los afiliados alterar o modificar el rendimiento del Fondo Común de Naturaleza Pública del ISS”.

Y más adelante agregan:

“En esta sentencia de Constitucionalidad, **que por mandato legal obliga a todas las autoridades públicas y privada (sic) y surte efectos para todo el mundo**, no se habló del valor de los rendimientos financieros como se dijo en el Decreto 3800 de 2003, lo que implica que lo relacionado con esos rendimientos a que hace alusión el artículo 3 del decreto 3800 de 2003, es inconstitucional”. (destacado propio del texto original, subrayado de la Sala).

Sobre esta situación se pronunció el Ministerio de Hacienda y Crédito Público al contestar la demanda y en sus alegatos de conclusión, destacando que “... Pretender que el afiliado al RAIS regrese al RPM sin pagar los rendimientos financieros que éste ha venido obteniendo, implica claramente atentar contra los intereses de quienes permanecieron afiliados a él pues afecta la estabilidad del RPM. En este punto no podemos olvidar lo que señala la Constitución Política de Colombia cuando establece que la cuenta de ahorro individual constituye los

recursos destinados al pago de la pensión del afiliado al RAIS y obviamente dicha cuenta incluye los rendimientos”.

Por consiguiente, al efectuar la Sala un estudio integral de la demanda se concluye que si bien no se pidió expresamente la nulidad de la frase “... incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en este último” de la parte final del literal b) del artículo 3º del decreto 3800 de 2003, ni tampoco se propuso un cargo expreso en este sentido, al referirse el concepto de violación en la demanda así como la contestación de la misma a este tema, la Sala estudiará dentro de las expresiones acusadas, la totalidad del literal en mención pues, de lo contrario, no resultaría coherente efectuar un pronunciamiento sin considerar la referida expresión.

En este sentido y como lo sostenido esta Corporación desde tiempo atrás, el concepto de violación determina el marco de juzgamiento del juez quien, conforme con el artículo 170 del C.C.A., está obligado a analizar entre otros, “los argumentos de las partes” al dictar su sentencia “porque siendo la jurisdicción administrativa una jurisdicción rogada el juez administrativo debe concretarse a los motivos de violación alegados por el demandante y a las normas que él mismo haya señalado como infringidas”⁴.

Y más recientemente la Sección Quinta señaló que en el estudio de las demandas de nulidad “el concepto de la violación se constituye en referente para el ejercicio del control que la Constitución le ha deferido al Juez de lo contencioso administrativo. De ahí que se diga que la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es, en este aspecto, rogada, pues el juez no puede estudiar más de lo que se le propone en la demanda. Con todo, el hecho de que la jurisdicción de lo contencioso administrativo ejerza su función respecto de los actos administrativos conforme al marco definido en el acápite de normas violadas y concepto de la violación de la demanda, no implica que éste deba elaborarse considerando ciertas formalidades, es suficiente con que refiera argumentos que permitan establecer los alcances de la impugnación que se plantea. Sólo de esa forma se logran conciliar principios como los de la legalidad, del que se deducen la

⁴ Sección Cuarta, Sent. del 18 de abril de 2002. No. radicación 11001-03-24-000-2000-6536-01(6536). C.P. Olga Inés Navarrete Barrero.

presunción de legalidad del acto administrativo y el carácter de rogada de la jurisdicción, con otros como el de la prevalencia del derecho sustancial”⁵.

Aclarado lo anterior y para resolver el primer problema jurídico, le corresponde a la Sala revisar si el requisito previsto en el literal b) del artículo 3º del Decreto 3800 de 2003 para que pueda llevarse a cabo el regreso al régimen de prima media de los beneficiarios del régimen de transición que se trasladaron al régimen de ahorro Individual sin perder los beneficios de la transición, resultan ajustados a la Constitución y la ley o si, por el contrario, el ejecutivo excedió su potestad reglamentaria al imponer limitaciones al traslado entre regímenes pensionales.

Inicialmente, resulta de especial importancia señalar que la totalidad del artículo 3º del Decreto 3800 de 2003 fue suspendido provisionalmente mediante auto proferido el 5 de marzo de 2009 por la Sala Plena de la Sección Segunda de esta Corporación.⁶

- Selección del régimen pensional. En el caso objeto de estudio, el demandante explica que la selección de cualquiera de los regímenes del sistema pensional es “libre y voluntaria” y, por ello, el traslado no puede ser limitado de tal forma que se haga más gravosa la situación de los trabajadores amparados por el régimen de transición desconociéndose, además, el principio de proporcionalidad.

A su turno, exponen los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social al contestar la demanda, que esta norma pretende asegurar que las sumas que se trasladen al Instituto de Seguros Sociales por concepto de cotizaciones, no sean inferiores a las que existirían en caso de que las mismas hubiesen estado todo el tiempo en el fondo común que administra dicho Instituto. En tal sentido, se invocan los argumentos expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, al igual que lo hace el Ministerio Público, en relación a la afectación de la sostenibilidad financiera del sistema cuando ocurre el regreso al RPM.

A pesar de ello y en el sentir de la Sala, las razones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 tienen que ver con evitar “la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con

⁵ No. radicación 70001233100020070023902 del 29 de abril de 2010. C.P. Filemón Jiménez Ochoa.

Prestación Definida”, pero en el caso del cambio a éste régimen cuando al afiliado le faltan un máximo de diez (10) años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

En otras palabras, el estudio efectuado en esa oportunidad por el Tribunal Constitucional se hizo a la luz del traslado de régimen pensional cuando al afiliado le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, considerando para tal efecto que la medida prevista en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, “resulta razonable y proporcional, a partir de la existencia de un objetivo adecuado y necesario, cuya validez constitucional no admite duda alguna. En efecto, el objetivo perseguido por la disposición demandada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se aparta del valor material de la justicia, que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros”.

- Pérdida y recuperación de los beneficios de la transición. El inciso quinto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispone que el régimen de transición “[t]ampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida”. Sin embargo, la situación es diferente para aquellos beneficiarios de este régimen que al entrar en vigencia el Sistema de Pensiones tenían más de quince años de servicios o cotizaciones y posteriormente deciden regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el I.S.S. o la entidad que haga sus veces, puesto que por haber cotizado como mínimo las tres cuartas partes del tiempo requerido para la pensión en dicho régimen (15 años de servicios o 750 semanas), no pueden perder, sin vulnerarse el principio de proporcionalidad, como ha dicho la Corte, la transición prevista para éste.

Por consiguiente, el reconocimiento pensional a favor de tales personas no resultaría contrario a los postulados de igualdad y proporcionalidad cumpliéndose, en todo caso, los requisitos señalados en la sentencia C-789 de 2002, puesto que efectuaron las cotizaciones al RPM durante la mayor parte del tiempo que se toma

⁶ No. radicación 110010325000200800070 00 (1975-08) C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Mediante auto del 4 de agosto de 2010 se resolvió no reponer el auto de 5 de marzo de 2009 proferido por la Sección.

en consideración para efectos de calcular el ingreso base de liquidación -I.B.L para la pensión. En palabras de la Corte Constitucional en la referida sentencia “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)⁷ terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión.

“También resultaría contrario al principio de proporcionalidad, que quienes se trasladaron de este régimen al de ahorro individual, y después lo hicieron nuevamente al de prima media, reciban su pensión en las condiciones del régimen anterior, sin consideración del monto que hubieran cotizado”.

- Requisitos previstos jurisprudencialmente para recuperar la transición. Por otra parte, alega el demandante que los apartes acusados limitan de manera injustificada la posibilidad de los trabajadores de seleccionar el régimen más favorable a sus intereses, lo que implica que no puedan propender por un mejor futuro personal, situación que contraría manifiestamente el principio de igualdad, por cuanto el literal b) en la forma como fue redactado por el Gobierno Nacional conlleva a que para efectos del traslado y eventual recuperación del régimen de transición resulte indispensable que el saldo que se transfiera de la cuenta de ahorro pensional sea superior como consecuencia no sólo de mayores ingresos (cotizaciones y rendimientos) sino de menores costos y gastos para que arroje una cifra comparable con la rentabilidad obtenida en el fondo común y que permita el traslado.

Al efectuar la Sala 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 encuentra que no hay identidad entre los mismos, ya que lo dispuesto en el decreto reglamentario resulta lesivo, en la mayoría de las ocasiones, para quienes tienen la intención de volver al RPM con los beneficios de la transición, pues el saldo de la cuenta pensional, incluyendo sus rendimientos, no resulta suficiente para equiparar la rentabilidad que obtiene el fondo común que por ley – art. 52 L.100/93- administra el Instituto de Seguros Sociales, entidad que conforme lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley 1151 de

⁷ Nótese que el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, hace referencia “al momento de entrar en

2006 se deberá liquidar y se creará la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES.

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 que, en palabras del actor, resulta en la práctica casi imposible de cumplir, si se tiene en cuenta que un sencillo 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**, resultan 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 deber darse aplicación al régimen de transición, situación que está prevista en una norma diferente de la misma ley, vale decir, en el artículo 36.

Adicionalmente, introdujo una restricción que hace nugatoria en la práctica la conservación del régimen de transición bajo las condiciones de la sentencia C-789-02, puesto que las personas beneficiarias de la transición, a pesar de haber cotizado por mínimo 15 años al 1º de abril de 1994 y se trasladaron al RAIS, al no poder obtener en este régimen una pensión que subjetivamente resulte suficiente para garantizar sus expectativas de vida, deciden regresar entonces al RPM, y terminan por soportar, como lo ha expresado la jurisprudencia constitucional, "una carga de solidaridad que desborda el equilibrio de las que regularmente deben asumir los ciudadanos".

Es que los afiliados al Sistema General de Pensiones únicamente deben cumplir los requisitos establecidos expresamente por las normas legales, independientemente de la rentabilidad que se obtenga, pues dicha circunstancia es totalmente ajena al aportante, quien, sea de paso decir, ni siquiera puede decidir la forma y condiciones en que van a ser invertidos los recursos de sus

vigencia del sistema", *no la ley*.

cotizaciones, pues son las sociedades administradoras de fondos de pensiones quienes, conforme lo dispuesto en los artículos 100 y siguientes de la Ley 100 de 1993 con las modificaciones efectuadas por la Ley 1328 de 2009 (arts. 51 y ss), invertirán los recursos del sistema bajo los límites que para el efecto establezca el Gobierno Nacional a través de la hoy Superintendencia Financiera, garantizando en todo caso una rentabilidad mínima de cada uno de los fondos de pensiones determinada por el mismo gobierno.

En ese orden de ideas y con independencia del debate surgido en torno a si el régimen de transición constituye o no un derecho adquirido o tan solo una mera expectativa, en todo caso deben respetarse los lineamientos expuestos en las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004 los cuales fueron reiterados recientemente en la sentencia de unificación 062 del 3 de febrero de 2010 providencia en la que, así mismo, se aclaró que “Ahora bien, es factible que la imposibilidad de satisfacer la exigencia de la equivalencia del ahorro no provenga, hoy en día, de las reglas sobre la distribución del aporte contenidas en la ley 797 de 2003, sino que se derive de la diferencia **en la rentabilidad que producen los dos regímenes pensionales sobre los dineros aportados, factor que está asociado a circunstancias aleatorias propias del mercado y al hecho de que en el régimen de prima media existe un fondo común y en el de ahorro individual uno personal**” (resalta la Sala).

En síntesis, la Sala recuerda que los requisitos que debe cumplir un afiliado para trasladarse nuevamente al régimen de prima media con prestación definida sin perder el beneficio del régimen de transición, son los siguientes:

- a) Que el afiliado tenga a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, esto es, al 1º de abril de 1994, o a la fecha en que haya entrado en vigencia en el respectivo nivel territorial, quince (15) años de servicios cotizados para la pensión de vejez, equivalentes a setecientas cincuenta (750) semanas.
- b) Que traslade al Instituto de Seguros Sociales todos los aportes para pensión que haya acumulado en su cuenta de ahorro individual.
- c) Que el ahorro efectuado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (aportes voluntarios y obligatorios), incluidos sus rendimientos y el valor correspondiente del Fondo de Garantía de Pensión Mínima del referido régimen,

según lo previsto en el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008⁸ no resulte inferior al monto total que habría obtenido en caso que hubiere permanecido todo el tiempo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

La referida sentencia SU-062 de 2010 permite que el afiliado que no cumpla este último requisito consigne a favor del Seguro Social o la entidad que administre el régimen de prima media, el valor de la diferencia entre el valor acumulado en la Administradora de Pensiones y el monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubiera permanecido en el régimen de prima media. En la Circular Externa No. 006 de 2011 de la Superintendencia Financiera se hace mención a estos requisitos y se establecen dos meses como plazo razonable para el pago de tal diferencia, sin perjuicio que las entidades de pensiones establezcan uno diferente.

- Posibilidad de reglamentar las decisiones de la Corte Constitucional. En relación con el segundo de los problemas jurídicos, expusieron los ministerios que abogaron por la legalidad de la norma, que en la misma se mantuvieron las condiciones que impuso la Corte Constitucional en el pluricitado fallo del 2002 para hacer efectivo el régimen de transición a quienes hubieren seleccionado el RAIS y decidan trasladarse al RPM.

Sin embargo, las decisiones proferidas por el Tribunal Constitucional para determinar la exequibilidad o inexecutable de la (s) norma (s) demandada (s) **no son reglamentables** pues, si bien tienen efectos erga omnes al igual que las leyes, estos fallos judiciales no tienen un carácter abstracto, sino que al pronunciarse sobre la exequibilidad de una disposición legal pueden modular los efectos de sus decisiones dictando una sentencia integradora y este contenido adicional, como ha aclarado la Corte, no atiende a un impulso político autónomo del juez constitucional, sino que responde a la necesidad de integrar el ordenamiento jurídico de suerte que el mismo resulte, en cada caso, acorde con los mandatos superiores.

⁸ "Artículo 7°. Traslado de Recursos. 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.

A propósito de la legitimidad propia de los fallos integradores, la Sala trae a colación lo expuesto en la sentencia C-1230 de 2005 donde se aclaró lo siguiente:

“Las sentencias integradoras en general y aditivas en particular, lo ha señalado la Corte, encuentran un claro fundamento en el carácter normativo de la Carta Política (C.P. art. 4º) y en los principios de efectividad (C.P. art. 2º) y conservación del derecho (C.P. art. 241), llamados a gobernar el ejercicio del control de constitucionalidad. Por su intermedio se busca, entonces, mantener vigente en el ordenamiento jurídico la norma que ofrece insuficiencias desde la perspectiva constitucional, en el sentido que le permite al órgano de control constitucional ajustar su contenido a los mandatos superiores parcialmente ignorados por el legislador.

La legitimidad e importancia de las sentencias integradoras de naturaleza aditiva, fue explicada por la Corte en la Sentencia C-109 de 1995, de la siguiente manera:

‘18- La sentencia integradora es una modalidad de decisión por medio de la cual, el juez constitucional, en virtud del valor normativo de la Carta (CP art. 4), proyecta los mandatos constitucionales en la legislación ordinaria, para de esa manera integrar aparentes vacíos normativos o hacer frente a las inevitables indeterminaciones del orden legal. En ello reside la función integradora de la doctrina constitucional, cuya obligatoriedad, como fuente de derecho, ya ha sido reconocida por esta Corporación. Y no podía ser de otra forma, porque la Constitución no es un simple sistema de fuentes sino que es en sí misma una norma jurídica, y no cualquier norma, sino la norma suprema (CP art. 4), por lo cual sus mandatos irradian y condicionan la validez de todo el ordenamiento jurídico.

Las sentencias integradoras encuentran entonces su primer fundamento en el carácter normativo de la Constitución, puesto que el juez constitucional, con el fin de asegurar la integridad y la supremacía de la Carta, debe incorporar en el orden legal los mandatos constitucionales. Por ello, si el juez, para decidir un caso, se encuentra con una indeterminación legal, ya sea porque el enunciado legal es insuficiente, ya sea porque el enunciado es contrario a la Carta, el juez debe proyectar los mandatos constitucionales directamente al caso, aun cuando de esa manera, en apariencia, adicione el orden legal con nuevos contenidos normativos. El juez en este caso en manera alguna está legislando pues lo único que hace es dar aplicación al principio según el cual la Constitución, como norma de normas, tiene una suprema fuerza normativa (CP art. 4).

(...)

De otro lado, este tipo de decisiones integradoras también encuentra fundamento en el principio de efectividad establecido por el artículo 2º de la Carta, puesto que los órganos del Estado en general, y los jueces y la Corte Constitucional en particular, deben buscar, en sus actuaciones, hacer realidad los principios, derechos y deberes constitucionales así como el orden de valores que la Constitución aspira a instaurar. Es pues natural que los jueces, y en particular el juez constitucional, integren en sus sentencias los mandatos constitucionales.

(...)

Finalmente, estas sentencias integradoras encuentran fundamento en la propia función de la Corte Constitucional en la guarda de la supremacía e integridad de

la Carta (CP art. 241). En efecto, en muchas ocasiones una sentencia de simple exequibilidad o inexecuibilidad resulta insuficiente, ya que ella podría generar vacíos legales que podrían hacer totalmente inocua la decisión de la Corte. En tales casos, la única alternativa para que la Corte cumpla adecuadamente su función constitucional es que, con fundamento en las normas constitucionales, ella profiera una sentencia que integre el ordenamiento legal a fin de crear las condiciones para que la decisión sea eficaz”.

Así las cosas, no se requiere que el legislador ordinario o extraordinario reproduzca los requisitos dispuestos por el máximo Tribunal de la jurisdicción constitucional para que quienes habiendo cumplido quince años de servicio o semanas cotizadas al 1º de abril de 1994 (por regla general) y se hubieren trasladado al RAIS puedan pensionarse de acuerdo con el régimen anterior al que estuvieren afiliados a dicha fecha si deciden regresar al RPM, vale decir, beneficiarse de la transición prevista en la Ley 100 de 1993.

Adicionalmente, el decreto reglamentario no incluyó tales requisitos en la forma y condiciones establecidas por la Corte Constitucional, dado que, hizo referencia a la inclusión de “los rendimientos” y al “saldo de la cuenta”, lo que no está contemplado en las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, ni mucho menos en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, como ya se explicó.

- Pagos de gastos de administración al Sistema de Pensiones. Por otra parte, resulta desacertado el argumento del demandante relacionado con que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida no hay lugar al pago de gastos de administración, pues conforme con lo previsto en el artículo 20 de la Ley 100/93, modificado por el artículo 7º de la Ley 797 de 2003, porque ambos regímenes deben destinar el 3% del ingreso base de cotización (I.B.C.) para financiar los gastos de administración y las pensiones de invalidez y sobrevivientes que en el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se manejan a través de unos seguros.

Al respecto señala la norma:

“La tasa de cotización continuará en el 13.5% del ingreso base de cotización.
En el régimen de prima media con prestación definida el 10.5% del ingreso base de cotización se destinará a financiar la pensión de vejez y la constitución de reservas para tal efecto. El 3% restante sobre el ingreso base de cotización se destinará a financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes.
En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de

Fogafin, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes ...” (subrayado fuera de texto).

- Comparación entre los dos regímenes pensionales. Adicional a lo ya expuesto, para la Sala resulta necesario aclarar que no es posible efectuar un análisis comparativo entre los dos regímenes pensionales por cuanto, como ya se explicó, ambos tienen elementos diferenciadores, así como ventajas y desventajas según la óptica con que se analice cada caso en particular⁹.

En sentencia C-538 de 1996, al estudiar la Corte Constitucional la garantía de la pensión mínima de vejez, se refirió a la constitucionalidad del sistema dual en pensiones creado bajo la Ley 100 de 1993 en los siguientes términos:

“La ley dispuso la creación de un sistema dual, que comprende subsistemas que operan cada uno en forma autónoma e independiente y, además excluyente, lo cual, a juicio de la Corte, se adecua a los mandatos constitucionales; por lo tanto, no es válido, como lo pretende el demandante, unificar los regímenes en materia de pensión mínima, porque de este modo se iría en contra de la voluntad del legislador, fundada en el consenso político logrado en el Congreso y en los sectores mas representativos de la comunidad, en el sentido de consagrar la dualidad de regímenes y que la participación de los particulares en la prestación de seguridad social no excluyera al Instituto de Seguros Sociales.

La dualidad de regímenes, de otra parte, ejercita y estimula como lo quiso el legislador la competencia en el sector público y el privado, lo cual redundaría en beneficio de la eficacia y eficiencia de los servicios de seguridad social. Hacer una igualación de los regímenes, mediante la reducción a uno de dichos sistemas, de lo que concierne a los aspectos básicos de la pensión mínima, esto es, en cuanto a su estructura, financiamiento u operatividad, puede significar la desaparición de dicha competencia y favorecer a los fondos privados de pensiones en perjuicio del Instituto de Seguros Sociales, aparte de que limitaría las opciones que tienen los destinatarios del servicio para escoger el régimen que mas convenga a sus intereses o particulares situaciones”.

En efecto, son varias las normas contenidas en el Régimen General de Pensiones que admiten la coexistencia de ambos regímenes pensionales pero, en ningún caso, se hace alusión a la equiparación del ahorro entre los mismos, sino a las semanas cotizadas, sin importar la cantidad aportada ni mucho menos la rentabilidad obtenida, argumento adicional para concluir que el ejecutivo excedió su facultad reglamentaria con la expedición de los apartes acusados.

⁹ En el mismo sentido se ha pronunciado en varias oportunidades la Corte Constitucional y al respecto puede consultarse la sentencia C-956/01.M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

No está de más reiterar que el regreso al RPM de los afiliados que llevaban más de quince años de servicio o 750 semanas de cotizaciones a la fecha de entrada en vigencia del sistema y habían seleccionado el RAIS, debe efectuarse con todas las sumas de la cuenta de ahorro pensional, incluyendo los rendimientos allí obtenidos, dado que, contrario a lo expuesto por la vista fiscal y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de lo expuesto en la demanda no se deduce que los rendimientos no se deben transferir, sino que, a lo que se hizo referencia, es que la transferencia del saldo de la cuenta no se equipara a lo generado en el RPM al considerar que los rendimientos son mayores en éste último por ser un fondo común, donde además, en consideración de los demandantes, no había lugar a realizar ningún gasto de administración, situación ésta última que ya fue aclarada.

Por otra parte esta Sala estima conveniente referirse de igual manera al inciso final del artículo 3º del Decreto 3800 de 2003 que señala que “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”, en aplicación del principio de unidad normativa, ya que éste guarda una relación inescindible con los apartes demandados, en razón a que del tenor literal del mismo se deduce claramente la referencia absoluta a las expresiones demandadas y, en consecuencia, cualquier decisión que se tome sobre éste incide de manera directa en el mencionado inciso.

8. Decisión de fondo.

De acuerdo con todo lo anterior, concluye la Sala que el Gobierno Nacional excedió su potestad de reglamentación para la cumplida ejecución de las leyes, si se tiene en cuenta que la potestad reglamentaria ha sido definida como “la producción de un acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la ley ... [para] encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real” y que se concreta, como lo ha dicho la Sala¹⁰, en la expedición de las normas de carácter general que sean necesarias para la cumplida ejecución de la ley, porque toda facultad de regulación que tenga como contenido expedir normas para la cumplida ejecución de las leyes, pertenece, en principio, por atribución constitucional, al Presidente de la República quien expide normas de carácter general, subordinadas a la ley y orientadas a permitir su cumplida aplicación.

¹⁰ Sentencia del 14 de octubre de 2010. No. de Referencia: 11001032700020040008800 (0273-2007) C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

El Consejo de Estado igualmente se ha referido al ejercicio de la potestad reglamentaria en los siguientes términos:

“El numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, confiere al Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria, mediante la expedición de decretos, resoluciones, órdenes y demás actos administrativos necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. El ejercicio del poder reglamentario obliga al Gobierno a desarrollar no sólo el texto de la Ley, sino también su contenido implícito, su finalidad específica, para que cumpla de la mejor manera con sus objetivos. Debe tenerse presente que esta facultad tiene su primer límite en la ley que va a reglamentar, es ella la que establece el marco dentro del cual se ejerce, de tal forma que no puede el Presidente de la República crear una disposición no contenida en aquella, ni modificarla para restringir o extender su alcance, ni mucho menos contrariar su espíritu o finalidad, de lo contrario invadiría competencias que le corresponden al Congreso (...)”¹¹.

De acuerdo con todo lo anterior, se accederá a las pretensiones de la demanda declarando la nulidad del literal b) del artículo 3º del Decreto 3800 de 2003 por cuanto, con las exigencias allí previstas, el ejecutivo desbordó la potestad reglamentaria del artículo 189 numeral 11 de la Carta, en consideración a que la norma reglamentada y el decreto no están referidos al mismo tema y el reglamentario no se ciñe en un todo a la materia regulada. Tampoco el artículo reglamentado ni la jurisprudencia constitucional que hace tránsito a cosa juzgada se refieren a la equivalencia entre el saldo y los rendimientos entre ambos regímenes pensionales para que pueda proceder legalmente el regreso al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de aquellos afiliados señalados en el decreto, como sí se hizo en los apartes objeto de la demanda.

Asimismo, se declarará la nulidad del último inciso del precitado artículo en razón a su conexidad directa con el literal b) que se anula en la presente decisión, porque la única condición para que le resulte aplicable el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 una persona que a 1º de abril de 1994 tenía mínimo 15 años de servicios prestados o semanas cotizadas, que hubiere seleccionado el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y decida trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, es que al cambiarse nuevamente al Régimen de Prima Media, traslade el saldo de la cuenta de ahorro individual, razón por la cual no se debe realizar consideración alguna respecto del valor del bono pensional para la procedencia del traslado.

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

DECLÁRASE la nulidad de las expresiones “cumplan con los siguientes requisitos:”, “a)”, “y b) Dicho saldo no sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez, correspondiente en caso que hubieren permanecido en el Régimen de Prima Media, incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en éste último”, así como del inciso final que dispone que “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” contenidas en el artículo 3º del Decreto 3800 de 2003 expedido por el Presidente de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de la Protección Social que reglamentó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

**VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA GERARDO ARENAS
MONSALVE**

**GUSTAVO E. GÓMEZ ARANGUREN BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE
PÁEZ**

¹¹ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sent. del 5 de mayo de 2003. Radicación número: 11001-03-27-000-2002-0044-01(13212). C.P.: Ligia López Díaz. Actor: Mónica Mariana de Jesús Reyes Rodríguez.

ALFONSO MARÍA VARGAS RINCÓN
QUINTERO

LUIS RAFAEL VERGARA