

REGIMEN DE TRANSICION – Finalidad

La creación del régimen de transición obedeció a la necesidad de implementar un mecanismo de protección frente a los tránsitos de legislación que afectarían desmesuradamente a un grupo determinado de trabajadores, que si bien no habían adquirido el derecho a la pensión, tenían una expectativa legítima de adquirir dicho derecho, ya que se encontraban próximos a que en su cabeza se concretaran las premisas para pensionarse en el momento en que acaeció dicho tránsito legislativo.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 36

REGIMEN DE TRANSICION – Beneficiarios

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

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 36

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL – Regímenes pensionales

El artículo 12 de la Ley 100 de 1993, creó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y estableció dos regímenes de pensiones excluyentes que coexisten: el régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad. Aunque la afiliación a cualquiera de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de estos dos sistemas es libre¹ y, una vez hecha la selección inicial, los afiliados tienen la posibilidad de trasladarse de un régimen pensional al otro, con el cumplimiento de las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 12

REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA – Definición. Administración

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

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 13 literal b.

afiliadas a este régimen obtendrán el derecho a la pensión de vejez, previamente establecida por la ley, cuando cumplan con los requisitos legales de edad y semanas de cotización. Su administración corresponde al Instituto de Seguros Sociales y a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado existentes al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 mientras subsistan.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 37

REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD – Definición. Administración

Por su parte, el inciso 1° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, definió el régimen de ahorro individual con solidaridad como *“El conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados”*. En este régimen de aportes no ingresan a un fondo común como en el régimen de prima media, sino que son depositados en una cuenta individual de ahorro pensional constituida a título personal. Por lo anterior, existe una relación directa entre el capital ahorrado en la cuenta individual de los afiliados y la pensión, lo cual determina que el valor de la pensión sea variable y no previamente definido como en el régimen de prima media. El sistema garantiza la pensión de vejez únicamente a condición de haber reunido en la cuenta individual el capital necesario para financiarla, sin que sea necesario el cumplimiento de una edad determinada o de un número mínimo de semanas de cotización, requisitos propios del sistema de prima media con prestación definida. El conjunto de cuentas de ahorro pensional conforman un fondo de pensiones que es administrado por entidades privadas especializadas que hacen parte del sistema financiero, y que están sometidas a inspección y vigilancia del Estado.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 59

TRASLADO DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA – Para conservar el régimen de transición sólo se requiere el traslado de fondos al seguro social / SUSPENSION PROVISIONAL DE ACTO ADMINISTRATIVO – Efecto / ACTO ADMINISTRATIVO – Aplicación retroactiva. Improcedencia

Mal podía considerar el Instituto de Seguros Sociales que el actor debía cumplir con los requisitos señalados en el Decreto 3800 de 2003, cuando, se repite, tal norma se encuentra suspendida y por tanto por fuera del ordenamiento legal. Que aunado a lo anterior, en el presente caso el traslado de régimen del actor, del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, se llevó a cabo en enero de 2002, es decir, antes de que entrara en vigencia el Decreto 3800 de 2003, razón por la cual no podía el Instituto de Seguros Sociales pretender que se aplicaran los requisitos allí consagrados al caso concreto, cuando el mencionado Decreto, se repite, además de encontrarse suspendido, no podía aplicarse de manera retroactiva, pues esto reñiría con los principios rectores del derecho. El derecho a pensionarse bajo los parámetros establecidos en el sistema anterior a aquel establecido en la Ley 100 de 1993, es una expectativa legítima para los que cumplían por lo menos uno de los requisitos para formar parte de dicho régimen y acarrea como consecuencia el derecho a trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, en cualquier momento para hacer efectivo dicho derecho, con la única condición de que al cambiarse se traslade todo el ahorro que habían efectuado.

FUENTE FORMAL: DECRETO 3800 DE 2003 / LEY 797 DE 2003

NOTA DE RELATORIA: Sobre la suspensión provisional del Decreto 3800 de 2003, auto de 5 de marzo de 2009, consejo de Estado, Sección Segunda, Rad. 1995- 08, M.P., Bertha Lucía Ramírez de Páez

PENSION DE JUBILACION EN LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Debe liquidarse sobre los factores certificados, salvo las vacaciones, al existir taxatividad / PENSION DE JUBILACION EN LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA- Los factores deben liquidarse en forma proporcional y con el promedio de lo devengado en los últimos 6 meses

En cuanto a los factores que debieron tenerse en cuenta para la liquidación de la prestación, se precisa que son los enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, disposición que para los empleados de régimen especial de pensiones permanece vigente y es aplicable al caso en estudio por así autorizarlo el artículo 17 del Decreto 929 de 1976, que hizo extensivas las disposiciones del decreto 3135 de 1968 y las normas que lo modifican y adicionan a los empleados de la Contraloría General de la República, en cuanto no se opongan a dicho decreto ni a su finalidad. Igualmente aplica al caso el artículo 40 del Decreto 720 de 1978, que establece factores adicionales de salario, ordenamiento este último destinado a los servidores del ente fiscal. Quiere decir que estos factores se suman a los señalados en el Decreto 1045, por cuanto fue el mismo Decreto 929 de 1976 el que remitió específicamente a los factores del régimen general, de suerte que la expresión “además” consignada en la norma del Decreto 720 de 1978, da lugar a concluir que no hay taxatividad en el enunciado. Del anterior recuento normativo se concluye, sin lugar a dudas, que los rubros certificados por la entidad (folio 332 del expediente) deben ser considerados como factor para el cómputo de la pensión del actor, con excepción de las vacaciones, por cuanto ya están incluidas dentro de la asignación, por corresponder al mismo pago salarial; la diferencia está en que el servidor hace uso de ellas y sigue devengando el salario, por eso se llama descanso remunerado. Ahora bien, de conformidad con la sentencia de unificación proferida por esta Corporación estos rubros deben pagarse en forma proporcional, pues dado que su pago está previsto por anualidades causadas, para determinar la *mesada* pensional se calculan las doceavas partes de todos aquellos factores devengados y se adicionan a la asignación; luego, si para el caso de la contraloría se liquida por el promedio de lo devengado en los 6 últimos meses, quiere decir, que ya no puede hablarse de doceavas, sino de sextas partes, que corresponden a montos superiores, pues se trata de un régimen más favorable que el general.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1045 DE 1978- ARTICULO 45 / DECRETO 929 DE 1976- ARTICULO 17 / DECRETO 3135 DE 1968 / DECRETO 720 DE 1978- ARTICULO 40

NOTA DE RELATORIA : Sobre la pensión de jubilación en la Contraloría General de la República, la sentencia de unificación de 11 de marzo de 2010, Rad 0091-09, MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

BONIFICACION ESPECIAL O QUINQUENIO EN LA CONTRALORIA GENERAL

DE LA NACION - Para efectos pensionales no se liquida en forma proporcional ni segmentada si se retira antes de los cinco años para que se consolide el derecho

La liquidación de la bonificación especial, causada cada vez que el empleado cumple cinco años de servicios en la entidad, porque en este caso, a diferencia de los otros rubros que se toman como factor salarial para la pensión, el derecho sólo surge para el servidor al cumplirse ese período y no antes, de manera que si por alguna razón se retira del servicio antes de **cumplir los cinco años**, no se le paga en forma proporcional, sino que simplemente no se cumple la condición que genera el pago de la contraprestación. Por ello, si no es susceptible de ser pagada en forma proporcional, tampoco lo es, de ser segmentada para computarla como factor pensional, pues con ello se le estaría dando un tratamiento equivalente al de otros factores que sí pueden ser pagados proporcionalmente, cuando el empleado se retira sin culminar el año completo de servicios. Tal conclusión, surge de la forma como fue concebida la bonificación especial en la norma (art. 23 Dto.929/76) que consagró como su fundamento, el hecho de cumplir un período de cinco años al servicio de la Institución y si la disposición contenida en el artículo 7º ibidem, transcrito en párrafos antecedentes, señaló que la pensión ordinaria de jubilación será equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre, debe entenderse que se promedia lo que es susceptible de tal operación, pero lo que no es posible de ser fraccionado y por tanto, se incluye integralmente. Además, no queda duda de que fue erigida como una contraprestación y no como prestación social, pues no ampara contingencia alguna ni tiene naturaleza asistencial y pese a que no se devenga mes a mes, constituye una retribución por los servicios prestados, cuyo origen es la prestación de servicios, pero adicionada con un requisito *sine qua non*, cual es la vinculación por un período completo de cinco años. Entonces, si el derecho a percibir la bonificación especial se consolidó el último semestre laborado, debe computarse en su totalidad, lo contrario pugnaría con el derecho del empleado que ha cumplido cinco años de servicios y ve frustrada la opción que le dio la ley de incluirla en el cómputo pensional, pese a que, se repite, su exigencia sólo surge el día que se cumple con el lapso de permanencia señalado en la norma.

FUENTE FORMAL : DECRETO 929 DE 1976- ARTICULO 23 / DECRETO 929 DE 1976 - ARTICULO 7

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil diez (2010)

Radicación: 25000 23 25 000 2007 00754 01 (0489-09)

Actor: ANDRES AVELINO GOMEZ RAMIREZ.

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida el 28 de agosto de 2008, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda formulada por el señor ANDRÉS AVELINO GÓMEZ RAMÍREZ contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

2. PRETENSIONES

El actor en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda para que se efectúen las siguientes declaraciones:

“1. ...La nulidad en lo pertinente de la Resolución N°. 11321 de mayo 26 de 2004 por medio del cual el Gerente Seccional Cundinamarca y D.C., reconoció al actor una pensión especial de vejez.

2. La nulidad de la Resolución N°. 1424 de septiembre 25 de 2006, por medio del cual se resuelve el recurso de apelación, declara agotada la vía gubernativa y no accede a la petición de revisión de una pensión especial.”

A título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene a la entidad demandada a reliquidar y pagar la pensión de jubilación reclamada con todos los factores de salario devengados en los últimos seis meses de servicio (1° de junio de 2005 a 30 de noviembre del mismo año); tal como la asignación básica, bonificación especial, bonificación por servicios, primas de: vacaciones, servicios y navidad y cualquier otro factor que demuestre haber recibido como contraprestación de su relación laboral, pensión que habrá de pagarse en cuantía no inferior a \$2.123.378.12 efectiva a partir del 1° de diciembre de 2003,

ordenando aplicar los reajustes de la Ley 100 de 1993, sobre la cuantía de \$2'134.378.12; a que sobre las diferencias adeudadas le pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor, tal como lo autoriza el artículo 178 del C.C.A.; a que de cumplimiento al fallo de conformidad con el artículo 176 del C.C.A y a que en el evento de que no lo haga, pague intereses comerciales durante los seis (6) primeros meses contados a partir de la ejecutoria del fallo, e intereses moratorios después de este término conforme lo ordena el artículo 177 del C.C.A., que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad en la medida que, en su parecer, está demostrado que el ISS en forma reiterada, ha desconocido los cientos de fallos de la Jurisdicción Contenciosa.

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Como hechos de la demanda el señor Andrés Avelino Gómez Ramírez, trae a colación, entre otros, los siguientes:

Que prestó sus servicios a la Contraloría General de la República por más de 20 años, cumpliendo el status de pensionado en vigencia de la Ley 100 de 1993 y siendo beneficiario del régimen de transición allí previsto.

Que a pesar de encontrarse afiliado en el régimen de prima media con prestación definida, el día 25 de septiembre de 1998 decidió trasladarse al régimen de ahorro individual y que posteriormente tomó la determinación de regresar nuevamente al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, a partir del 13 de marzo de 2000, acogéndose a los beneficios del Decreto 3800 de 2003.

Que mediante la Resolución N°. 11321 del 26 de mayo de 2004, el Gerente de Atención al Pensionado Seccional Cundinamarca del Instituto de Seguros Sociales, le reconoció una pensión de jubilación teniendo como fundamento la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, en cuantía de \$645.935, efectiva a partir de 1° de diciembre de 2003.

Que contra la anterior decisión, interpuso recurso de apelación, que

fue resuelto por la Resolución N°. 1424 de 25 de septiembre de 2006, mediante la cual se negó la reliquidación de la pensión en los términos del Decreto 929 de 1976, régimen especial aplicable a los funcionarios de la Contraloría General de la República.

Que el ISS, al momento de efectuar el cálculo del monto pensional no tuvo en cuenta el régimen especial aplicable a los funcionarios de la Contraloría General de la República, ni aquellos que gozaban del régimen de transición estipulado en el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Que de conformidad con el artículo 7° del Decreto 929 de 1976, la pensión debe reconocerse con el 75% de los factores que se hayan devengado en los últimos seis meses de servicio, comprendido éste entre el 1° de junio de 2003 al 30 de noviembre del mismo año, incluyendo el 100% de la proporción de los factores devengados y certificados en el periodo ya indicado.

4. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Citó como normas infringidas los artículos 2°, 13, 25 y 58 de la Constitución Política; 21 del Código Sustantivo del Trabajo; 7° del Decreto 929 de 1976, 40 del Decreto 720 de 1978; 11, 36, 289 de la Ley 100 de 1993; 1° del Decreto 2143 de 1995 y las Leyes 57 y 153 de 1887.

En sentir de la parte actora, el Instituto de Seguros Sociales realizó una errada interpretación del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues desconoció que al ser beneficiario del régimen de transición le asistía derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación conforme al régimen anterior al cual se encontraba afiliado, es decir, el previsto para los funcionarios de la Contraloría General de la República, quienes tendrán derecho al llegar a los 55 años si son hombres y 50 si son mujeres y cumplir 20 años de servicio de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Contraloría General de la República, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación, equivalente al 75% del promedio total de los salarios mensuales devengados durante el último semestre.

Que en virtud del régimen especial, la pensión de jubilación ha de reconocerse y liquidarse sobre todo lo devengado en los últimos 6 meses de

servicio y sobre aquellos factores que se hayan pagado en ese periodo y comprendan en su causación un tiempo superior al último semestre, como las bonificaciones y las primas, por lo tanto el valor ha de tomarse en forma completa.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Instituto de Seguros Sociales se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de falta de jurisdicción, prescripción de las mesadas pensionales, pago, compensación, caducidad de la acción y una excepción que denominó genérica.

Adujo, que la Corte Constitucional en la sentencia C-782 de 2002, declaró exequible el inciso 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, bajo el entendido que el régimen de transición se aplica a quienes estando en el régimen de prima media se trasladaron al régimen de ahorro individual, habiendo cumplido el requisito de 15 años de servicio a la fecha de entrada en vigencia del sistema de seguridad social y decidan regresar al régimen de prima media siempre y cuando cumplan con el requisito de que se traslade al régimen de prima media todo el ahorro que efectuaron al régimen de ahorro individual y que dicho ahorro no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media, evento en el cual el tiempo trabajado le será computado en el régimen de prima media.

Con fundamento en lo anterior, señaló que el Instituto de los Seguros Sociales no podía reconocer la pensión conforme al régimen especial previsto en el decreto 929 de 1976, sin que previamente se estableciera si cumplía con los requisitos anteriormente enunciados, habida consideración que se trasladó al régimen de ahorro individual y posteriormente decidió regresar al de prima media.

6. LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante proveído de 28 de agosto de 2008, declaró no probadas las excepciones propuestas por el Instituto de Seguros Sociales y la nulidad de los actos acusados; en consecuencia, ordenó al demandado reliquidar la pensión de jubilación reconocida al actor, señor

Andrés Avelino Gómez Ramírez sobre el 75% del promedio mensual de todos los factores salariales legales base de dicha liquidación certificados durante los seis meses anteriores a la fecha de retiro del servicio, como son: asignación básica, bonificación especial (proporcional), prima de navidad (proporcional), prima de vacaciones (proporcional) y prima de servicios (proporcional), ordenando el correspondiente pago, descontando los correspondientes aportes si no se hubieren hecho.

El a quo, previó a avocar conocimiento de la causa realizó un recuento de los hechos que se encontraban probados en el plenario y posteriormente analizó las normas constitucionales y legales aplicables al caso concreto.

En primer lugar, revisó si el señor Andrés Avelino Gómez Ramírez conservaba aún el beneficio del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, en consideración al trasladado del régimen de prima media con prestación definida, al de ahorro individual con solidaridad y regresar nuevamente al de prima media con prestación definida.

Apreció con fundamento en diversas jurisprudencias de la Corte Constitucional, que para regresar nuevamente al régimen de prima media con prestación definida para aquellas personas que al momento de entrar a regir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, hubiesen cotizado 15 años o cumplieran con el requisito de edad, sólo era pertinente trasladar el valor de los ahorros que se efectuaron en el régimen de ahorro individual y de esta forma adquirir el derecho pensional conforme al régimen de transición.

Afirmó, que en el sub exámine obra dentro del material probatorio, constancia expedida por la AFP Porvenir del traslado de los aportes realizados a nombre del actor y girados al Instituto del Seguro Social (ISS), el día 16 de agosto de 2002, por un valor total de \$98.427.294 de los cuales \$10.132.692, corresponden al valor de los aportes durante el periodo comprendido entre 25 de septiembre de 1998 al 12 de marzo de 2002, así entonces, se halla cumplido el requisito, para que el actor pertenezca al régimen de prima media con prestación definida.

Señaló, que dado que se trata de un derecho como lo es la seguridad

social, es claro que con fundamento en el artículo 53 de la Constitución, se debe dar aplicación al régimen que más le favorece al afiliado, razón por la cual, si el actor es beneficiario del régimen de transición, cuenta con el derecho a que su pensión de jubilación sea reliquidada con el régimen anterior al que se encontraba afiliado, derecho que deberá privilegiarse por encima de las diferentes afiliaciones que pudieron surtirse.

Que en el presente caso quedó demostrado que el señor Andrés Avelino Gómez, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es a 1° de abril de 1994, tenía más de 40 años de edad, por tanto, se encontraba dentro de la transición que le permitía gozar del anterior régimen legal de pensiones que le era aplicable.

Que a pesar de que en principio éste régimen era el consagrado en la Ley 33 de 1985, esta preceptiva en su artículo 1°, dispuso que no se sujetarían a ella los empleados que por ley disfrutaran de un régimen especial de pensiones, caso en el que se encuentra inmerso el peticionario, como quiera que por haber prestado sus servicios por un periodo superior a 10 años en la Contraloría se hizo acreedor a los beneficios consagrados en el Decreto 929 de 1976.

Una vez realizó las anteriores precisiones, procedió en segundo lugar, a determinar los factores salariales que debían tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión del actor, llegando a la conclusión de que ésta debió ser liquidada sobre la base de todo lo que recibió a título de salarios que impliquen una retribución ordinaria y permanente del servicio, tales como primas, sobresueldos y bonificaciones, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto Ley 929 de 1976.

Que en el presente caso el ISS, no reconoció la pensión de jubilación al demandante con fundamento en las normas anteriormente relacionadas, motivo por el cual deben tenerse en cuenta los factores correspondientes a asignación básica, bonificación por servicios, bonificación especial, prima de vacaciones, prima de servicio y prima de navidad, devengados durante el semestre anterior a la causación del derecho, de conformidad con la prueba obrante a folio 332.

Respecto a la solicitud de inclusión de la totalidad de los factores, afirmó que la liquidación de la pensión de jubilación no puede ordenarse en los

términos pedidos, por cuanto si bien es cierto, algunos factores se pagan anualmente, se causan mes a mes, luego entonces la liquidación debe efectuarse teniendo en cuenta el equivalente al 75% del promedio mensual de todos los factores de salario devengados durante el último semestre de servicio, en este caso, la bonificación especial, la bonificación por servicios y las primas de vacaciones, servicios y navidad deberá liquidarse en forma proporcional al valor devengado en los últimos seis meses a la fecha de retiro del servicio, en este caso la bonificación especial, la bonificación por servicios y las primas de vacaciones, servicios y navidad deberá liquidarse en forma proporcional al valor devengado en los últimos seis meses a la fecha de retiro del servicio.

Sostuvo, que por regla general la pensión de jubilación, vejez, gracia o invalidez son imprescriptibles por cuanto el derecho se reconoce a título vitalicio, sin embargo, opera la prescripción respecto a las mesadas pensionales que no se hubiesen solicitado dentro de los tres años anteriores al momento en que se presente la reclamación de derecho de conformidad con las normas anteriormente transcritas.

Que el demandante obtuvo el derecho a percibir la pensión de jubilación a partir del 1° de diciembre de 2003 y que el término de prescripción se vio interrumpido por la interposición del recurso de reposición y en subsidio apelación el día 13 de agosto de 2004, contra la Resolución de reconocimiento pensional, por lo tanto en derecho no se encuentra prescrito.

LA APELACIÓN

La parte actora y la parte demandada impugnan oportunamente la providencia del a quo.

El peticionario centra su inconformidad, en que la sentencia del a quo debió ordenar la liquidación de la pensión teniendo en cuenta el 75% del promedio de factores de salario devengados por el actor en los últimos seis meses de servicio y que debe comprender, los valores certificados y percibidos en ese periodo en forma integral y no proporcional como lo indicó la primera instancia, pues algunos de los factores no lograron ser certificados en los últimos seis meses de servicios, porque fueron pagados por fuera de ese periodo.

Citó abundante jurisprudencia² que hace referencia al tema.

Por su parte, el Instituto de Seguros Sociales solicita se revoque la providencia y en su lugar, se nieguen las súplicas de la demanda. Señala que de conformidad con el Decreto 3800 de 2003, para que una persona que se traslade al régimen de ahorro individual y posteriormente decida regresar al régimen de prima media conserve el régimen de transición debe acreditar que cuenta con más de 15 años cotizados al 1° de abril de 1994; que la AFP donde se encontraba afiliado, traslade al ISS el saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos causados durante el periodo que permaneció en el fondo y que el saldo de la cuenta de ahorro individual devuelto por la AFP resulte superior al que hubiese alcanzado con el ISS, en el caso de haber permanecido en el régimen de prima media.

Que en la providencia impugnada el a quo, accedió a las pretensiones del demandante con el sólo requisito de encontrar probado que la AFP Porvenir, trasladó el valor de los aportes cotizados por el demandante en dicho fondo al Instituto de Seguros Social, durante el periodo comprendido entre el 25 de septiembre de 1998 al 12 de marzo de 2002, sin entrar a verificar los demás requisitos que establece el Decreto 3800 de 2003.

Afirmó, que el Tribunal no tuvo en cuenta que el demandante a 1° de abril de 1994, sólo acreditaba 12 años y 2 meses de servicio y que tenía la obligación de probar en sede judicial el cumplimiento de la totalidad de los requisitos exigidos por el Decreto 3800 de 2003 para conservar el régimen de transición, situación que no ocurrió, pues paso por alto que la parte actora no aportó prueba que permitiera establecer que el monto de los aportes efectuados ante Porvenir, no eran inferiores a los que debió haber cotizado en el régimen de prima media con prestación definida.

Señaló, que adicional al error sustancial anteriormente relacionado, la sentencia objeto del recurso declaró la nulidad total no parcial de la Resolución N°. 11321 del 26 de mayo de 2004, proferida por el Gerente Seccional del ISS, mediante la cual se reconoció la pensión de jubilación del actor, con lo que sería

² Sentencia del Consejo de Estado de 30 de abril de 1997, Exp. No. 14480, M.P. Carlos Orjuela; Exp. 3538 del 17 de julio de 2003, M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado; Exp. 2004-6224 del 13 de noviembre de 2006, Tribunal Administrativo de Cundinamarca Mp. Dr Rafael Vergara Quintero.

imposible la reliquidación en los términos señalados en la sentencia, pues al anularse la Resolución que le reconoció la pensión de jubilación simplemente no habría pretensión sobre la cual efectuar la reliquidación conforme al Decreto 929 de 1976.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

De la parte demandante y de la parte demandada, se ratificaron en los argumentos expuestos en el recurso.

Agotado el trámite procesal y no encontrándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir el asunto bajo las siguientes:

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El asunto a dilucidar se contrae a determinar en primer lugar, si el actor señor Andrés Avelino Gómez Ramírez conserva el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el trasladado que hizo del régimen de prima media con prestación definida, al de ahorro individual con solidaridad y regresar nuevamente al de prima media con prestación definida en el año 2002. En segundo lugar, si la liquidación de la pensión debía ordenarse teniendo en cuenta el 75% del promedio de factores de salario devengados por el actor en los últimos seis meses de servicio y que debe comprender, los valores certificados y percibidos en ese periodo en forma integral y no proporcional.

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

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

Ley 100 de 1993, exige mayores requisitos para acceder a tal derecho.

La creación del régimen de transición obedeció a la necesidad de implementar un mecanismo de protección frente a los tránsitos de legislación que afectarían desmesuradamente a un grupo determinado de trabajadores, que si bien no habían adquirido el derecho a la pensión, tenían una expectativa legítima de adquirir dicho derecho, ya que se encontraban próximos a que en su cabeza se concretaran las premisas para pensionarse en el momento en que acaeció dicho tránsito legislativo.

Así las cosas, el legislador creó el régimen de transición a favor de tres categorías de trabajadores. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco años; y en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones (1° de abril de 1994) y que son disyuntivos, por lo que basta con que en cabeza de una persona se configure alguna de las dos premisas anteriormente descritas para que frente al Estado Social de Derecho aquel ostente un derecho adquirido al régimen de transición³.

El inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece:

“... ”

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

De lo anterior, es claro que la protección otorgada por el régimen de transición se concreta de forma inescindible con el derecho a la pensión de vejez y, por esta vía con el derecho fundamental a la seguridad social, pues establece unas condiciones más favorables para acceder al mismo a favor de algunas

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

personas con el fin de no vulnerar mediante ley posterior una expectativa legítima.

De conformidad con lo señalado, en el recurso de apelación presentado por el Instituto de Seguros Sociales, la providencia del a quo debe ser revocada, como quiera que para que una persona que se traslade del régimen de ahorro individual y posteriormente decida regresar al régimen de prima media conserve el régimen de transición, debe acreditar los requisitos establecidos en el Decreto 3800 de 2003. (ver folio 421 del expediente)

En sentir del demandado, tales requisitos se pueden resumir de la siguiente manera:

- “1. contar con 15 o más años cotizados al 1° de abril de 1994.
2. Que la AFP donde se encontraba afiliado, traslade al ISS el saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos causados durante el periodo que permaneció en el fondo.
3. Que el saldo de la cuenta de ahorro individual devuelto por la AFP resulte superior al que hubiese alcanzado en el ISS, en el caso de haber permanecido en el régimen de prima media.”

Que como en el presente caso, el actor no probó en sede judicial que cumplía con la totalidad de los requisitos exigidos por el Decreto 3800 de 2003 para conservar el régimen de transición, es decir, el actor omitió demostrar que contaba con más de 15 años de servicios al 1° de abril de 1994 y que el monto de los aportes efectuados ante porvenir, no eran inferiores a los que debió haber cotizado en el régimen de prima media con prestación definida, mal podía el Tribunal acceder como lo hizo a las pretensiones de la demanda.

Para resolver el argumento anteriormente formulado, esta Sala procederá a realizar las siguientes precisiones:

El artículo 12 de la Ley 100 de 1993, creó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y estableció dos regímenes de pensiones excluyentes que coexisten: el régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad. Aunque la afiliación a cualquiera de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de estos

dos sistemas es libre⁴ y, una vez hecha la selección inicial, los afiliados tienen la posibilidad de trasladarse de un régimen pensional al otro, con el cumplimiento de las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

El artículo 31 de la Ley 100 de 1993, definió el régimen solidario de prima media con prestación definida como *“aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas”*. En este régimen, los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen *“un fondo común de naturaleza pública”*, que garantiza el pago de las prestaciones a quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la ley⁵. Las personas afiliadas a este régimen obtendrán el derecho a la pensión de vejez, previamente establecida por la ley, cuando cumplan con los requisitos legales de edad y semanas de cotización.

Su administración corresponde al Instituto de Seguros Sociales y a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado existentes al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 mientras subsistan⁶.

Por su parte, el inciso 1° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, definió el régimen de ahorro individual con solidaridad como *“El conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados”*. En este régimen de aportes no ingresan a un fondo común como en el régimen de prima media, sino que son depositados en una cuenta individual de ahorro pensional constituida a título personal⁷. Por lo anterior, existe una relación directa entre el capital ahorrado en la cuenta individual de los afiliados y la pensión, lo cual determina que el valor de la pensión sea variable y no previamente definido como en el régimen de prima media. El sistema garantiza la pensión de vejez únicamente a condición de haber reunido en la cuenta individual el capital necesario para financiarla, sin que sea necesario el cumplimiento de una edad determinada o de un número mínimo de semanas de

⁴ Ley 100 de 1993, Artículo 13 literal b.

⁵ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

⁶ Ley 100 de 1993, Artículo 52.

⁷ Ley 100 de 1993, Artículos 60, literal d y 97.

cotización, requisitos propios del sistema de prima media con prestación definida⁸.

El conjunto de cuentas de ahorro pensional conforman un fondo de pensiones que es administrado por entidades privadas especializadas que hacen parte del sistema financiero, y que están sometidas a inspección y vigilancia del Estado⁹.

La Corte Constitucional en sentencia C-789-02, al referirse al tema precisó:

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

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

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

Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales

⁸ Conforme al artículo 64 de la Ley 100 de 1993, los afiliados tendrán derecho a retirarse a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta les permita obtener una pensión superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente.

⁹ Ley 100 de 1993, Artículo 90.

aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo.¹⁰ Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N. preámbulo, art. 1º), y como derecho-deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la Ley 100 de 1993 (abril 1º de 1994),¹¹ terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión.

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

Ahora bien, la Ley 797 de fecha 29 de enero de 2003, “*Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales*”, señaló:

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

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

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima

¹⁰ La Corte ha sostenido que no es contrario a la Constitución que por virtud de un tránsito de leyes el legislador trate de manera diferente a personas que realizan el mismo trabajo durante la misma cantidad de años, y cuya única diferencia es el momento en el cual adquieren el derecho a pensionarse. Sin embargo, este cambio en las condiciones en que las personas se pensionan no puede ser desproporcionado. Al respecto, en Sentencia C-613/96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), F.J. No. 9, la Corte dijo: “En efecto, si bien nada obsta para que tal transformación produzca un trato disímil entre situaciones que sólo se diferencian en razón del momento en el cual se consolidaron, también es cierto que **para que dicho tratamiento resulte legítimo se requiere que no afecte el principio de proporcionalidad, de no discriminación y, en suma, de interdicción de la arbitrariedad.**”

¹¹ Nótese que el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, hace referencia “al momento de entrar en vigencia del sistema”, no la Ley.

media con prestación definida, con excepción de aquellos afiliados que a 1º de abril de 1994 tenían 15 o más años de servicios prestados o semanas cotizadas, caso en el cual podrán pensionarse con el régimen anterior cuando cumplan los requisitos exigidos para tener derecho a la pensión de vejez, siempre y cuando cumplan los siguientes requisitos:

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

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

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

Parágrafo 2º.- Para los efectos de la presente Ley se respetarán y garantizarán integralmente los derechos adquiridos a quienes hoy tienen la calidad de pensionados de jubilación, vejez, invalidez, sustitución y sobrevivencia en los diferentes órdenes, sectores y regímenes, así como a quienes han cumplido ya con los requisitos exigidos por la Ley para adquirir la pensión, pero no se les ha reconocido.”

La preceptiva anteriormente transcrita, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-1056 del 11 de noviembre de 2003, al establecer vicios de procedimiento en su formación, es decir, dicha norma desapareció de nuestro ordenamiento jurídico.

No obstante lo anterior, el Presidente de la República en uso de las facultades legales y constitucionales conferidas en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución expidió el 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*”, que en su artículo 3º dispuso:

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

vejez, siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos:

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

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

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

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

El mencionado artículo, fue objeto de acción de nulidad ante esta Corporación, quien luego de hacer el estudio pertinente decretó la suspensión provisional¹², por cuanto consideró que a primera vista vulneraba la misma Ley 100 de 1993 y preceptos de orden Constitucional.

La Jurisprudencia anteriormente relacionada consideró, entre otros, lo siguiente:

“Al establecer el Decreto 3800 de 2003 en su artículo 3º nuevos requisitos para que le sea aplicable el Régimen de Transición del artículo 36 de la Ley reglamentada para efectos pensionales con el Régimen anterior, a una persona que decida trasladarse o devolverse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; no reglamentada y contraría la disposición anteriormente transcrita, es decir, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

La exigencia de nuevas condiciones para ejercer el derecho de las personas que, pueden cambiar de régimen para obtener el derecho de pensión, es a todas luces contraría a la Constitución y a la Ley. No se puede condicionar la realización del derecho a la libre escogencia del Régimen Pensional mediante elementos que hagan imposible su ejercicio.

Los beneficiarios del Régimen de Transición que se habían trasladado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (Fondos de Pensiones) pueden regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (Seguro Social), es decir, devolverse de las

¹² Providencia del 5 de marzo de 2009, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado dentro del expediente No. 11001032500020080007000, número Interno (1975-08), Actor Jorge Luis Pabón Apicella; MP. Dra Bertha Lucía Ramírez de Paez

Administradoras de Fondos Pensionales al Seguro Social en cualquier tiempo antes de pensionarse y el único requisito era trasladar lo que tenían en esos fondos al Seguro Social, independientemente de cualquier otra exigencia. Así lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Constitucional que en su más reciente pronunciamiento, reiteró el derecho a trasladarse del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media, sin requisitos adicionales, cuando advirtió:

“... Aquellas personas que, al momento de entrar a regir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, hubiesen cotizado quince años o cumplieran con los requisitos de edad, adquirieron el derecho a pensionarse bajo los parámetros definidos en el sistema anterior. Lo que acarrea como consecuencia lógica el derecho a trasladarse del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en cualquier momento para hacer efectivo dicho derecho, con la única condición de que al cambiarse de régimen nuevamente se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad. (Se subraya)

Al ser el derecho a pensionarse bajo los parámetros definidos en el Régimen de Transición un derecho adquirido, no es posible considerar que una norma posterior los afecte – como lo ha sostenido la Jurisprudencia Constitucional -, hasta el punto de hacerlos nugatorios. Aceptar estos nuevos requerimientos mediante la norma reglamentaria aquí demandada, conllevaría al desconocimiento de la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, como lo es la Seguridad Social elevada a canon Constitucional en el artículo 48, el cual dispone (...)

Si se aceptara el condicionamiento del Decreto cuestionado se estaría obligando a una persona a no pensionarse cuando está facultada para hacerlo y por ende renunciar a esa legítima prestación social, lo cual se reitera, es abiertamente inconstitucional en virtud del artículo arriba mencionado.”

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

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

normativas anteriores.

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

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

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

Que el derecho a pensionarse bajo los parámetros establecidos en el sistema anterior a aquel establecido en la Ley 100 de 1993, es una expectativa legítima para los que cumplían por lo menos uno de los requisitos para formar parte de dicho régimen y acarrea como consecuencia el derecho a trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, en cualquier momento para hacer efectivo dicho derecho, con la única condición de que al cambiarse se traslade todo el ahorro que habían efectuado.

Ahora bien, definido lo anterior entrará la Sala a analizar el segundo problema planteado, en el recurso de apelación por la parte demandante, cuyo argumento consiste en que por ser beneficiario del régimen de transición y por ende acreedor a que se le aplique el Decreto 929 de 1976, en concordancia con el Decreto 1045 de 1978, por haber prestado sus servicios por más de 10 años en la Contraloría, su pensión se liquide teniendo en cuenta el 75% del promedio de factores de salario devengados en los últimos seis meses de servicio y que debe comprender, los valores certificados y percibidos en ese periodo en forma integral y no proporcional.

De conformidad con el certificado obrante a folio 177 del expediente proferido por la Directora de Gestión de Talento Humano de la Contraloría General de la República, como bien lo señaló el *a quo*, el peticionario prestó sus servicios por más de diez años a la Contraloría General de la República, dentro del lapso comprendido entre el 10 de junio de 1993 y el 28 de noviembre de 2003, razón por la cual, lo gobierna el régimen especial del Decreto 929 de 1976 y no las Leyes 33 y 62 de 1985, pues la Ley 33 en su artículo 1º excluyó de su régimen a aquellos empleados oficiales que por ley disfrutaran de un régimen especial de pensiones.

Que teniendo en cuenta la reiterada jurisprudencia de esta Corporación¹³ estuvo acertado el Tribunal al ordenar a la entidad demandada liquidar la pensión de jubilación del actor, observado la disposición especial del artículo 7º del Decreto 929 de 1976, incluyendo los factores salariales enunciados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, aplicable por la remisión que hizo el artículo 17 del primer decreto citado.

De manera que lo devengado en el último semestre, deberá tomarse para los efectos señalados incluyendo todos los factores percibidos y no tiene incidencia alguna el hecho de que no fueron objeto de aportes, porque el régimen de los empleados de la Contraloría no es el que pretende aplicar la demandada; además, porque no sería justo que fueran los beneficiarios los llamados a responder por los yerros de la administración, cuando omite su deber de efectuar los aportes que la ley ordena. De suerte, que lo procedente es ordenar que la

¹³ Sección Segunda – Subsección “B” del Consejo de Estado el 8 de junio de 2000, dentro del expediente 2729-99 con ponencia del Magistrado Alejandro Ordóñez Maldonado:

entidad demandada haga los descuentos a que haya lugar por este concepto, como bien lo dispuso el a quo.

De conformidad con el artículo 7º del Decreto 929 de 1976, el reconocimiento de la pensión de jubilación debe efectuarse con base en el promedio de los salarios devengados durante el último semestre.

Dice así la norma:

“Los funcionarios y empleados de la Contraloría General tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, sin son hombres y de 50 si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuo o discontinuo, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos diez lo hayan sido exclusivamente a la Contraloría General de la República, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre.”

En cuanto a los factores que debieron tenerse en cuenta para la liquidación de la prestación, se precisa que son los enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, disposición que para los empleados de régimen especial de pensiones permanece vigente y es aplicable al caso en estudio por así autorizarlo el artículo 17 del Decreto 929 de 1976, que hizo extensivas las disposiciones del decreto 3135 de 1968 y las normas que lo modifican y adicionan a los empleados de la Contraloría General de la República, en cuanto no se opongan a dicho decreto ni a su finalidad. Igualmente aplica al caso el artículo 40 del Decreto 720 de 1978, que establece factores adicionales de salario, ordenamiento este último destinado a los servidores del ente fiscal.

Por su parte, el artículo 17 del mismo Decreto Ley dispuso:

“En cuanto no se oponga el texto y finalidad del presente Decreto las disposiciones del Decreto 3135 de 1968 y normas que lo modifican y adicionan, serán aplicables a los empleados de la Contraloría General de la República.”

De acuerdo con el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 los factores de salario para liquidar las pensiones de los empleados de la Contraloría General

de la República son los siguientes:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;
- c) Los dominicales y feriados;
- d) Las horas extras;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de navidad;
- g) La bonificación por servicios prestados;
- h) La prima de servicios;
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978;
- k) La prima de vacaciones;
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del art. 38 del decreto 3130 de 1968.”

Por otra parte, el Decreto 720 de 1978 por el cual se dictaron normas especiales para la Contraloría, dispuso en su artículo 40, lo siguiente

“DE OTROS FACTORES DE SALARIO. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos y del valor del trabajo suplementario o del realizado en días de descanso obligatorio, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario:

- a). Los gastos de representación.
- b). La bonificación por servicios prestados.
- c). La prima técnica
- d). La prima de servicio anual
- e). Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión de servicio”.

Quiere decir que estos factores se suman a los señalados en el Decreto 1045, por cuanto fue el mismo Decreto 929 de 1976 el que remitió específicamente a los factores del régimen general, de suerte que la expresión “además” consignada en la norma del Decreto 720 de 1978, da lugar a concluir que no hay taxatividad en el enunciado.

A su vez, el artículo 23 del Decreto 929 de 1976, prescribió:

“ARTÍCULO 23. Los funcionarios de la Contraloría General de la República, tendrán derecho al pago de una bonificación especial de un mes de remuneración por cada período de cinco años cumplidos al servicio de la institución a partir de la vigencia de este Decreto, durante el cual no se haya aplicado sanción disciplinaria, ni de ningún otro orden. El contralor General de la República reglamentará la forma y cuantía de esta bonificación.”

Del anterior recuento normativo se concluye, sin lugar a dudas, que los rubros certificados por la entidad (folio 332 del expediente) deben ser considerados como factor para el cómputo de la pensión del actor, con excepción de las vacaciones, por cuanto ya están incluidas dentro de la asignación, por corresponder al mismo pago salarial; la diferencia está en que el servidor hace uso de ellas y sigue devengando el salario, por eso se llama descanso remunerado.

Ahora bien, de conformidad con la sentencia de unificación proferida por esta Corporación¹⁴ estos rubros deben pagarse en forma proporcional, pues dado que su pago está previsto por anualidades causadas, para determinar la **mesada** pensional se calculan las doceavas partes de todos aquellos factores devengados y se adicionan a la asignación; luego, si para el caso de la contraloría se liquida por el promedio de lo devengado en los 6 últimos meses, quiere decir, que ya no puede hablarse de doceavas, sino de sextas partes, que corresponden a montos superiores, pues se trata de un régimen más favorable que el general.

No ocurre lo mismo con la liquidación de la bonificación especial, causada cada vez que el empleado cumple cinco años de servicios en la entidad, porque en este caso, a diferencia de los otros rubros que se toman como factor salarial para la pensión, el derecho sólo surge para el servidor al cumplirse ese período y no antes, de manera que si por alguna razón se retira del servicio antes de **cumplir los cinco años**, no se le paga en forma proporcional, sino que simplemente no se cumple la condición que genera el pago de la contraprestación. Por ello, si no es susceptible de ser pagada en forma proporcional, tampoco lo es, de ser segmentada para computarla como factor pensional, pues con ello se le estaría dando un tratamiento equivalente al de otros factores que sí pueden ser

¹⁴ Sentencia del Consejo de Estado de 11 de marzo de 2010, expediente No. 0091-09, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero. Actor: Aura Ligia Morales Granados. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

pagados proporcionalmente, cuando el empleado se retira sin culminar el año completo de servicios.

Tal conclusión, surge de la forma como fue concebida la bonificación especial en la norma (art. 23 Dto.929/76) que consagró como su fundamento, el hecho de cumplir un período de cinco años al servicio de la Institución y si la disposición contenida en el artículo 7º *ibidem*, transcrito en párrafos antecedentes, señaló que la pensión ordinaria de jubilación será equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre, debe entenderse que se promedia lo que es susceptible de tal operación, pero lo que no es posible de ser fraccionado y por tanto, se incluye integralmente.

Además, no queda duda de que fue erigida como una contraprestación y no como prestación social, pues no ampara contingencia alguna ni tiene naturaleza asistencial y pese a que no se devenga mes a mes, constituye una retribución por los servicios prestados, cuyo origen es la prestación de servicios, pero adicionada con un requisito *sine qua non*, cual es la vinculación por un período completo de cinco años.

Entonces, si el derecho a percibir la bonificación especial se consolidó el último semestre laborado, debe computarse en su totalidad, lo contrario pugnaría con el derecho del empleado que ha cumplido cinco años de servicios y ve frustrada la opción que le dio la ley de incluirla en el cómputo pensional, pese a que, se repite, su exigencia sólo surge el día que se cumple con el lapso de permanencia señalado en la norma.

Por ello, el rubro en cuestión no es dable de fraccionar, pues este es una contraprestación especial, propia del régimen de los servidores del ente que ejerce el control fiscal, frente al que, sin duda, quiso el legislador consagrar para sus empleados un ordenamiento esencialmente favorable, como una forma de exaltar la índole de la función pública encomendada. Constituye también un estímulo y reconocimiento a la lealtad de quienes deciden permanecer a su servicio y a la cualificación que implica permanecer por años en el desempeño de cargos en el mismo ramo, lo que se traduce en eficiencia e idoneidad.

Tales prerrogativas son parte del antiguo sistema pensional y, por

ello, no corresponden en manera alguna al sistema vigente, surgido de la Ley 100 de 1993, de tal modo, que no es la generalidad de los pensionados la que va a gozar de ellas y, así mismo, es apenas lógico que la minoría de servidores del régimen pensional especial, que conservan su vigencia en razón de la transitoriedad y, por ello, es inmodificable para quienes están subsumidos en él.

Así, la sostenibilidad del sistema sin duda ha de obedecer y planearse sobre la base de las nuevas disposiciones imperantes para la población laboral por él amparada, pero, en todo caso, con plena observancia de los derechos constitucionales consagrados en la Carta Política y el Bloque de Constitucionalidad.

De esta manera, la Sala replantea la tesis contenida en fallos en los que se había decidido promediar todos los factores salariales computables en la pensión de los empleados de régimen especial de la Contraloría General de la República.

En consecuencia, hay lugar a modificar el numeral 4to de la sentencia del Tribunal, en el sentido de ordenar el reconocimiento y reliquidación de la pensión solicitada y la inclusión de la prima especial de servicios, en forma total, previo el descuento que se hará con destino al Instituto de Seguros Sociales, como aporte.

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

F A L L A:

1. MODIFÍCASE el numeral 4to de la sentencia de veintiocho (28) de agosto de dos mil ocho (2008), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “C”, dentro del proceso promovido por Andrés Avelino Gómez Ramírez contra el Instituto de Seguros Sociales, en su lugar:

“4. Como consecuencia de las anteriores declaraciones y, a título de restablecimiento del derecho, el Instituto de Seguro Social, procederá a reconocer y liquidar el valor de la mesada pensional de jubilación

de la cual es titular el señor Andrés Avelino Gómez Ramírez identificado con la C.C. N°.17.055.450 de Bogotá, a partir del 1° de diciembre de 2003 con base en el 75% del promedio mensual de salarios devengados en el último semestre de servicios, en los términos de los decretos Leyes 929 de 1976 y 720 de 1978, teniendo en cuenta todos los factores salariales legales correspondientes a: asignación básica, bonificación especial (en su totalidad), bonificación por servicios (proporcional), prima de vacaciones (proporcional), prima de navidad (proporcional) y prima de servicios (proporcional), con los reajustes e incrementos anuales de Ley sin perjuicio del descuento por aportes del empleado sobre los factores que no se le descontaron en el último semestre y que se hubieran omitido retener por la entidad empleadora.”

2. CONFÍRMASE en lo demás.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPÍESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

El anterior proyecto fue leído y aprobado por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

**GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN
RINCÓN**

ALFONSO VARGAS

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

RAD. N° 25000 23 25 000 2007 00754 01 (0489-09) ACTOR: ANDRÉS AVEINO GÓMEZ

RAMÍREZ