



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA - SUB SECCIÓN "A"

CONSEJERO PONENTE: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación No. 25000 23 25 000 2012 00559 01 (4207-13)
APELACIÓN SENTENCIA
AUTORIDADES NACIONALES
ACTOR: CARLOS HUMBERTO GALVIS RODRÍGUEZ

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida el 20 de junio de 2013 por la Subsección "F" de Descongestión de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, CARLOS HUMBERTO GALVIS RODRÍGUEZ solicita al Tribunal



REF: 25000 23 25 000 2012 00559 01
No. Interno: 4207-2013
ACTOR: Carlos Humberto Galvis Rodríguez

declarar nulas las Resoluciones Nos. 53966 de 17 de noviembre de 2009, 06432 de 8 de marzo de 2010, 03043 de 22 de julio de 2010, 010149 de 25 de marzo de 2011 y 032549 de 14 de septiembre de 2011, proferidas por el Instituto de Seguros Sociales, mediante las cuales se negó el reconocimiento y pago de una pensión de vejez, se resolvieron los recursos de reposición y apelación, se concedió una pensión de jubilación y se le incluyó en nómina de pensionados.

Como consecuencia de la nulidad pide que se declare que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se reconozca y pague su pensión especial de vejez en los términos del artículo 6º del Decreto 546 de 1971 y con la inclusión de los factores salariales establecidos en el artículo 12 del Decreto 717 de 1978; que el reconocimiento tenga efectos retroactivos a partir del 4 de mayo de 2011, fecha en que acreditó el retiro definitivo del servicio y que las mesadas atrasadas sean debidamente indexadas, así como las primas, bonificaciones y reajustes anuales; que se reconozcan intereses moratorios desde esa misma fecha, hasta que se verifique el reconocimiento y pago de la pensión; que se reconozca y pague, a título de perjuicios morales, la suma equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes y se disponga el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículo 176 a 178 del C.C.A. y el pago de costas y gastos procesales.



REF: 25000 23 25 000 2012 00559 01
No. Interno: 4207-2013
ACTOR: Carlos Humberto Galvis Rodríguez

Como hechos de la demanda, se relatan los siguientes:

Nació el 30 de noviembre de 1950, es decir, el 30 de noviembre de 2000 cumplió 50 años de edad.

Es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que al 1º de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad.

Laboró por más de 17 años en el Ministerio Público, en la Personería de Bogotá, en el cargo de delegado en lo penal, requisito para acceder el reconocimiento pensional que reclama, con base en lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 546 de 1971.

Realizó cotizaciones por más de 26 años, 17 de los cuales fue en la Personería de Bogotá, en el cargo de delegado en lo penal.

El 21 de agosto de 2009 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez, que fue negada mediante Resolución No. 053966 de 17 de noviembre de 2009, decisión que fue confirmada por Resoluciones Nos. 06432 de 8 de marzo de 2010 y 03043 de 22 de julio del mismo año, que resolvieron los recursos en vía gubernativa.



REF: 25000 23 25 000 2012 00559 01
No. Interno: 4207-2013
ACTOR: Carlos Humberto Galvis Rodríguez

El Instituto de Seguro Social le reconoció pensión de jubilación mediante Resolución No. 010149 de 25 de marzo de 2011, pero no lo hizo en los términos del Decreto 546 de 1971 y consecuente con lo anterior, fue ingresado en nómina a partir del 5 de mayo de 2011, en virtud de la Resolución No. 032549 de 14 de septiembre de 2011.

Tal como se manifestó en la Resolución No. 53966 de 17 de noviembre de 2009, es beneficiario del régimen de transición y, por ende, su pensión debe ser reconocida con el régimen especial previsto en el artículo 6º del Decreto 546 de 1971, según el cual, la liquidación de la prestación debe efectuarse con base en los factores previstos en el artículo 12 del Decreto 717 de 1978.

Al haberse sustraído del deber de reconocer la pensión especial con base en las normas que le son aplicables, los funcionarios encargados de ese reconocimiento se extralimitaron en sus funciones y violaron la ley que reconoce sus derechos adquiridos.

Debido a tal decisión de la administración, se vio obligado a continuar laborando pues no poseía otros medios para su sustento y el de su familia, lo que conllevó graves dificultades de salud por la enfermedad coronaria que padece.



REF: 25000 23 25 000 2012 00559 01
No. Interno: 4207-2013
ACTOR: Carlos Humberto Galvis Rodríguez

Considera que la decisión de la administración viola los artículos 1, 2, 4, 6, 11, 13, 29, 53, 83, 85, 87 y 90 de la Constitución Política; 8 y 9 de la Ley 153 de 1887; 82, 85 y 136 inciso 2, 44, 137, 138, 139 y siguientes del C.C.A.; 6 del Decreto 546 de 1971, 12 del Decreto 717 de 1978, 36 de la Ley 100 de 1993, así como la Circular 054 de 3 de noviembre de 2010 de la Procuraduría General de la Nación y el Memorando 13000-876 del 15 de febrero de 2011 y el concepto emitido por la Dirección Jurídica Nacional del Instituto de Seguro Social.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal denegó las peticiones de la demanda.

Sostuvo que las personas que al 1º de abril de 1994 tuvieran 15 o más años de servicios y cotizaciones y hubieran elegido el régimen de ahorro individual con solidaridad, podrían ser beneficiarios del régimen de transición y trasladarse en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida, siempre y cuando cumplieran los requisitos determinados por la Corte Constitucional en sentencia C-789 de 2002.

No obstante, en el caso del demandante, concluyó que no es aplicable el régimen que reclama, teniendo en consideración que sólo acreditó 16 años, 7 meses y 19 días en el sector público.



REF: 25000 23 25 000 2012 00559 01
No. Interno: 4207-2013
ACTOR: Carlos Humberto Galvis Rodríguez

Además, advirtió que aunque el actor tenía 45 años de edad al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, no cumplió el requisito de tiempo de servicios requerido para que se aplicara el régimen de transición, dado el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, que realizó durante su vida laboral.

Con base en lo anterior, aseguró que tampoco le es aplicable la Ley 71 de 1988, de modo que el reconocimiento y liquidación de su pensión debe regirse por lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, siendo imposible aplicar el régimen de transición pretendido.

LA APELACIÓN

Inconforme con la sentencia del Tribunal, la parte demandante la apeló en la oportunidad procesal. Reiteró que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía más de 40 años de edad y eso lo hace beneficiario del régimen de transición, pero tal situación fue desconocida por el a quo y por eso le negó el derecho reclamado.

Señaló que aunque estuvo vinculado por un periodo en el fondo privado de pensiones Horizonte, nuevamente regresó al Instituto de Seguros Sociales y su traslado obedeció a lo dispuesto en el Decreto 3800 de 2003,



REF: 25000 23 25 000 2012 00559 01
No. Interno: 4207-2013
ACTOR: Carlos Humberto Galvis Rodríguez

que reglamentó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que, a su vez, fue modificado por la Ley 797 de 2003.

Agregó que a pesar de su traslado a fondos privados, al haber regresado al ISS quedó válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida, por ende recuperó su régimen de transición, máxime cuando el ISS recibió los aportes correspondientes, sin objeción de ninguna naturaleza.

Manifestó que tal como se señaló en sentencia T-818 de 2007 de la Corte Constitucional, los requisitos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario del régimen de transición no son concurrentes sino disyuntivos, y como cumplía uno de ellos, es lógico suponer que se encontraba amparado por el mismo y por tal razón, su pensión debe ser reconocida con base en el régimen especial previsto en el artículo 5º del Decreto 546 de 1971.

Alegó que a la entrada en vigencia del Acto legislativo 01 de 2005, ya contaba con más de 750 semanas de cotización, pues tenía 1064 de ellas, lo que corrobora su calidad de beneficiario del régimen de transición, el que debe ser aplicado y reconocer la pensión con fundamento en el régimen especial pretendido.



REF: 25000 23 25 000 2012 00559 01
No. Interno: 4207-2013
ACTOR: Carlos Humberto Galvis Rodríguez

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, la Agente del Ministerio Público rindió concepto¹ en el que solicitó revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, acceder a las súplicas de la misma. Dijo, en síntesis, lo siguiente:

El ISS negó el derecho reclamado por la parte demandante, en el entendido que perdió el régimen de transición consagrado en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por haberse trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

El inciso 4º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra la pérdida del régimen de transición por acogerse al régimen de ahorro individual con solidaridad y el inciso 5º de la misma norma prevé que no puede aplicarse el régimen transicional a quien habiéndose acogido al régimen de ahorro individual, se traslade nuevamente al de prima media con prestación definida; sin embargo, tal disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-789-02, condicionada a que se tengan en cuenta las modificaciones que voluntariamente hubiera realizado el empleado, en el entendido de que si no había cumplido los requisitos para el

¹ El concepto obra de folios 202 a 210 del expediente.



REF: 25000 23 25 000 2012 00559 01
No. Interno: 4207-2013
ACTOR: Carlos Humberto Galvis Rodríguez

reconocimiento de la pensión, solo se podía predicar una mera expectativa.

Además, en la misma sentencia se consideró que el inciso 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no aplicaría cuando el interesado acreditara 15 años de servicio, siempre que estuviera afiliado al régimen de prima media con prestación definida e independientemente de que previamente se hubiera cambiado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Aunque el artículo 3º del Decreto 3800 de 2003 que reglamentó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 consagró la exigencia de acreditar 15 años para continuar en el régimen de transición, la aplicación de tal disposición fue suspendida mediante auto de 5 de marzo de 2009, proferido por la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de la Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez y en sentencia de esa misma Corporación, con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve, se declaró la nulidad parcial del literal b) del artículo 3º del Decreto 3800 de 2003.

Con fundamento en lo anterior, en providencias posteriores dictadas por el Consejo de Estado, se ha considerado que el trabajador que contabilice los 15 años de servicio al 1º de abril de 1994 no pierde el derecho al régimen de transición, así se haya cambiado temporalmente al régimen de ahorro individual con solidaridad, jurisprudencia aplicable en este caso y, en



REF: 25000 23 25 000 2012 00559 01
No. Interno: 4207-2013
ACTOR: Carlos Humberto Galvis Rodríguez

ese orden, el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación prevista en el Decreto 546 de 1971 para los empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público.

Se decide, previas estas

CONSIDERACIONES

Se trata de establecer la legalidad de las Resoluciones Nos. 053966 de 17 de noviembre de 2009, 006432 de 8 de marzo de 2010, 003043 de 22 de julio de 2010, 010149 de 25 de marzo de 2011 y 032549 de 14 de septiembre de 2011, mediante las cuales se negó una pensión especial por vejez, se resolvieron los recursos en vía gubernativa y se concedió pensión de jubilación al señor Carlos Humberto Galvis Rodríguez, con fundamento en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

A efecto de resolver el fondo de la controversia, la Sala se referirá a la normatividad aplicable al caso concreto, así:

La Ley 100 de 1993 creó el Sistema de Seguridad Social que entraría a regir a partir de su vigencia; sin embargo, salvaguardó los derechos de quienes estaban próximos a pensionarse y para tal efecto estableció un régimen de transición en los siguientes términos:



REF: 25000 23 25 000 2012 00559 01

No. Interno: 4207-2013

ACTOR: Carlos Humberto Galvis Rodríguez

“ARTICULO. 36.- Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

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 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 y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos².

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 régimen³.**

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida⁴.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos.

PARAGRAFO.- Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como

² El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 168 de 1995.

³ Inciso declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-789 de 2002.

⁴ Inciso declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-789 de 2002.



REF: 25000 23 25 000 2012 00559 01
No. Interno: 4207-2013
ACTOR: Carlos Humberto Galvis Rodríguez

servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio”. (Negrilla fuera de texto).

La Corte Constitucional ha hecho el estudio de constitucionalidad de diferentes apartes e incisos de la disposición citada y, en particular, declaró la exequibilidad condicionada de los incisos 4º y 5º, en los siguientes términos:

“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.

Por supuesto, esto no significa que las personas con más de 15 años cotizados, y que se encuentran en el sistema de ahorro individual con solidaridad, se les calcule su pensión conforme al régimen de prima media, pues estos dos regímenes son excluyentes. Como es lógico, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona.

Adicionalmente, **resulta indispensable armonizar el interés en proteger la expectativa legítima de las personas que habían cumplido quince años o más cuando entró en vigencia el sistema**, con el interés en que el régimen de prima media tenga los recursos suficientes para garantizar su viabilidad financiera. 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.

Por lo tanto, las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con prestación definida, tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior, siempre y cuando:

- a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y
- b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieran permanecido en el régimen de prima media.



REF: 25000 23 25 000 2012 00559 01
No. Interno: 4207-2013
ACTOR: Carlos Humberto Galvis Rodríguez

En tal evento, el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida⁵. (Se resalta).

Lo anterior implica que, en sentir de la Corte, y en aplicación de la disposición trascrita, el derecho al régimen de transición se pierde en el evento de que el afiliado decida cambiarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, aunque después retorne al régimen de prima media con prestación definida y *sólo* se garantiza la permanencia en la transición, a quienes habiéndose afiliado al régimen de ahorro individual se regresen al de prima media con prestación definida, *siempre y cuando* hubieran tenido 15 o más años de servicio o cotizaciones a la entrada en vigencia; ello quiere decir, que tal garantía *no* se extiende a quienes hubieren accedido al régimen de transición por haber cumplido la edad.

El literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, estableció que la selección de cualquiera de los regímenes contemplados en el Sistema General de Pensiones allí previsto, es libre y voluntaria por el afiliado, carácter volitivo que también quedó descrito en el literal e) de la misma disposición⁶, en el cual además se determinó que *una vez efectuada la selección inicial*, los afiliados *solo podrían trasladarse de régimen por una vez cada 3 años, contados a partir de la selección inicial*, en la forma que disponga el Gobierno Nacional; el periodo de duración en uno u otro régimen

⁵ Sentencia C- 789 de 2002.

⁶ Literal que fue modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.



REF: 25000 23 25 000 2012 00559 01
 No. Interno: 4207-2013
 ACTOR: Carlos Humberto Galvis Rodríguez

se aumentó a 5 años, en virtud del artículo 2⁷ de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

El literal e) del artículo 13 en comento, fue reglamentado por el artículo 3^o del Decreto 3800 de 2003, en el que se determinó que el régimen de transición aplicaría a quienes con más de 15 años de servicios o semanas cotizadas, a pesar de haberse trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, regresaran al régimen de prima media con prestación definida, siempre y cuando cumplieran los requisitos allí citados:

“Artículo 3^o. Aplicación del Régimen de Transición. En el evento en que una persona que a 1^o 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 estuvieron 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.”

La aplicación de la disposición anterior fue suspendida, por la

⁷El literal citado consagra: “e) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos 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.” El literal referenciado fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C- 1024 de 2004.



REF: 25000 23 25 000 2012 00559 01
 No. Interno: 4207-2013
 ACTOR: Carlos Humberto Galvis Rodríguez

Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante auto de 5 de marzo de 2009, Consejera Ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez, en el que consideró:

“Los beneficiarios del Régimen de Transición que se habían trasladado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (Fondos de Pensiones) pueden regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (Seguro Social), es decir, devolverse de las Administradoras de Fondos Pensionales al Seguro Social **en cualquier tiempo antes de pensionarse y el único requisito era trasladar lo que tenían en esos fondos al Seguro Social, independientemente de cualquier otra exigencia**”.

El auto mencionado fue objeto de recurso de reposición, y al resolverlo, la Sala consideró:

“Además, una de las características de la potestad reglamentaria, es definir cuáles son y de qué manera se desarrollarán las leyes que requieren reglamentación. Los límites de esta facultad o potestad señalan la necesidad de cumplir debidamente el estatuto desarrollado, porque si los ordenamientos expedidos suministran todas las nociones indispensables para su ejecución, no habría necesidad de reglamentarlos.

De hecho, el acto reglamentario debe desarrollar no sólo lo que hay expreso en la ley reglamentada, sino lo que hay implícito en ella, de suerte que no restrinja o cree situaciones no previstas en la norma reglamentada – literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2º de la Ley 797 del mismo año - como lo hizo el Decreto Reglamentario – Decreto 3800 de 2003 -, acusado, en este caso”⁸.

Ahora bien, el literal e) de la mencionada disposición fue declarado parcialmente nulo por esta Corporación, mediante sentencia proferida el 6 de abril de 2011, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, en la que se sostuvo:

⁸ Auto de 4 de agosto de 2010, Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ, Radicación número: 11001-03-25-000-2008-00121-00(2654-08).



REF: 25000 23 25 000 2012 00559 01
No. Interno: 4207-2013
ACTOR: Carlos Humberto Galvis Rodríguez

“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”.⁹

Con fundamento en lo anterior, es válido reiterar que quienes habiendo sido beneficiarios del régimen de transición por cumplir el requisito de tiempo de servicios o semanas de cotización, que se hubieran trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad y retornen al de prima media, sí recuperan su régimen transicional siempre y cuando trasladen los fondos que acumularon durante su estancia en el régimen de ahorro individual; pero tal situación no se puede predicar respecto de quienes accedieron al régimen de transición por el cumplimiento de edad, según lo determinado por la Corte

⁹ Radicación número: 11001-03-25-000-2007-00054-00(1095-07).



REF: 25000 23 25 000 2012 00559 01
 No. Interno: 4207-2013
 ACTOR: Carlos Humberto Galvis Rodríguez

Constitucional en sentencia C-789 de 2002.

Además, la Corte Constitucional en sentencia SU 130 de 2013, precisó:

“7.2.6. Ahora bien, como ya se mencionó, el artículo 36 de la Ley 100/93 también regula el tema referente a la pérdida del régimen de transición, circunstancia que no se predica respecto de todos los trabajadores beneficiarios de dicho régimen, sino tan solo de dos categorías de ellos, concretamente, de mujeres y hombres que, a 1° de abril de 1994, cumplen con el requisito de edad en los términos de la referida norma. Así, el inciso 4° de la citada norma señala que **“[I]o 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.** (Negrilla y subraya fuera del texto original).

Acto seguido, en inciso 5° del mismo artículo dispone que, **“[t]ampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida”.** (Negrilla y subraya fuera del texto original).

7.2.7. Así las cosas, los trabajadores 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, pierden los beneficios del régimen de transición, en cualquiera de los siguientes eventos: (i) cuando el afiliado inicialmente y de manera voluntaria decide acogerse definitivamente al régimen de ahorro individual con solidaridad o (ii) cuando habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decide trasladarse al de prima media con prestación definida.” (Resalta propia de la sentencia citada).

Posteriormente, al analizar casos concretos y determinar si los afiliados han perdido o no, el derecho a que se les aplique el régimen de



REF: 25000 23 25 000 2012 00559 01
 No. Interno: 4207-2013
 ACTOR: Carlos Humberto Galvis Rodríguez

transición por haberse trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, la Subsección B de esta Sección ha considerado que:

“Teniendo en cuenta que la línea jurisprudencial sobre el tema objeto de debate en esta instancia, en la Corte Constitucional no había sido consistente¹⁰, la Subsección A de esta Corporación en las sentencias previamente referenciadas, había concluido que el derecho a pensionarse bajo los parámetros establecidos en el régimen anterior a aquél establecido en la Ley 100 de 1993, era una expectativa legítima para los que cumplieron por lo menos una de los requisitos para formar parte de dicho régimen. Empero, la sentencia de la Corte Constitucional, aclaró y unificó la jurisprudencia, en el sentido de indicar que únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios a 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el SGP, pueden trasladarse “en cualquier tiempo”, del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición. Posición ésta más acorde con los pronunciamientos de constitucionalidad que sobre la materia la misma corporación había proferido”¹¹.

“En segundo término, aunque en principio se pierde el régimen de transición cuando el afiliado se traslade del régimen de prima media al de ahorro individual y regrese nuevamente al de prima media, la jurisprudencia constitucional precisó que este derecho no se pierde por razón de esa circunstancia, siempre que el afiliado tuviera quince o más años de servicios o cotizaciones a la fecha de entrada en vigencia del sistema de pensiones, caso en el cual el regreso al régimen de prima media le permite conservar el régimen de transición.”¹².

Ahora bien, a fin de analizar el caso concreto, con las pruebas obrantes en el proceso se establece que el señor Carlos Humberto Galvis Rodríguez nació el 6 de diciembre de 1950¹³, es decir, al 1° de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad.

¹⁰ T-818 de 2007; T-320 de 2010; T-232 de 2011; SU-062 de 2010; T-060 de 2010 y T-734 de 2010

¹¹ Sentencia de 22 de julio de 2014, Radicación número: 73001-23-33-000-2012-00177-01(3234-13), Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (E).

¹² Sentencia de 2 de octubre de 2014, Radicación número: 25000-23-25-000-2011-00360-01(2768-13), Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve.

¹³ Según copia del registro civil que obra a folio 35.



REF: 25000 23 25 000 2012 00559 01
No. Interno: 4207-2013
ACTOR: Carlos Humberto Galvis Rodríguez

Laboró en la Personería de Bogotá desde el 16 de septiembre de 1994 e incluso al 3 de mayo de 2011 continuaba prestando sus servicios en esa entidad, cuando fue expedida la certificación obrante a folio 36. Así mismo, laboró en la empresa Manhattan de Colombia, desde el 16 de octubre de 1972 hasta el 15 de febrero de 1982¹⁴.

Lo anterior quiere decir que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía más de 40 años de edad y, por ende, en principio, era beneficiario del régimen de transición consagrado en su artículo 36, por haber cumplido el requisito de edad.

No obstante, según se desprende de la Resolución No. 010149 del 25 de marzo de 2011¹⁵ y de acuerdo con lo aludido por el demandante en el capítulo de normas violadas y concepto de violación de la demanda, así como en los argumentos que sirvieron de fundamento para el recurso de apelación, durante su relación laboral, estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, situación que al tenor de lo dispuesto en el inciso 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 lo excluye de la aplicación del régimen de transición.

Para la Sala es claro que como el demandante se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad, a pesar de haberse cambiado

¹⁴ Según se informó en la contestación de la demanda (fl. 6).

¹⁵ Folios 25 a 32.



REF: 25000 23 25 000 2012 00559 01
No. Interno: 4207-2013
ACTOR: Carlos Humberto Galvis Rodríguez

con posterioridad al régimen de prima media con prestación definida, no recuperó el derecho a la aplicación del régimen de transición, pues la misma norma creadora de ese régimen transicional lo excluye de ese derecho, por haberse acogido al régimen de ahorro individual.

Además, si bien la Corte Constitucional ha permitido que se garantice la aplicación del régimen de transición a quienes se hubieran cambiado de régimen y regresado al de prima media con prestación definida, ello solo aplica respecto de aquellos que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 hubieran tenido más de 15 años de servicio y no de quienes accedieron a la transición por el requisito de la edad. Así las cosas, el accionante, quien para esa fecha solo contaba con 504,29 semanas de cotización¹⁶ no tiene derecho a recuperar el régimen de transición que perdió a causa de su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad.

En las anteriores condiciones, la Sala considera que la decisión proferida por el a quo debe ser confirmada y así habrá de declararse.

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

¹⁶ Según el cuadro que hace parte integral de la demanda (fl. 6).



REF: 25000 23 25 000 2012 00559 01
No. Interno: 4207-2013
ACTOR: Carlos Humberto Galvis Rodríguez

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por la Subsección “F” en Descongestión de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 20 de junio de 2013 que denegó las súplicas de la demanda en el proceso promovido por Carlos Humberto Galvis Rodríguez en contra del Instituto de Seguros Sociales, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ



REF: 25000 23 25 000 2012 00559 01
No. Interno: 4207-2013
ACTOR: Carlos Humberto Galvis Rodríguez

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO