



13-001-33-33-007-2016-00267-01

Cartagena de Indias D. T. y C., Treinta y uno (31) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-007-2016-00267-01
Demandante	IBETH DE LA OSSA SIERRA
Demandado	COLPENSIONES
Tema	Reliquidación pensional con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el periodo de tiempo tenido en cuenta para la liquidación pensional
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia oral de fecha veintinueve (29) de agosto de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

Solicita la parte demandante, que declare la nulidad parcial de la Resolución No. VPB 9596 del 13 de junio de 2014 expedida por COLPENSIONES por medio de la cual se revolvió un recurso de apelación, revocando la Resolución No. 1230 del 7 de febrero de 2012 y se reconoce la pensión de vejez a la señora IBETH CATALINA DE LA OSSA SIERRA; nulidad de la Resolución No. GNR 113881 del 22 de abril de 2015, por medio de la cual COLPENSIONES incluye en la nómina de pensionados a la actora; nulidad de la Resolución No. GNR 148196 del 20 de mayo de 2016, por medio de la cual COLPENSIONES niega solicitud de reliquidación a la actora; nulidad de la Resolución No. VPB 31371 del 05 de agosto de 2016, por medio de la cual COLPENSIONES resuelve un recurso de



13-001-33-33-007-2016-00267-01

apelación y confirma en todas sus partes la Resolución No. 148196 del 20 de mayo de 2016.

En consecuencia de lo anterior que se ordene a la entidad accionada i) reconocer y pagar pensión mensual vitalicia de jubilación por ser beneficiaria del régimen de transición establecida en la Ley 100 de 1993, de conformidad con el Régimen Especial aplicable a funcionarios de la Rama Judicial y el Ministerio Público, teniendo en cuenta el 75% de la asignación devengada durante el último año de servicios con inclusión de la totalidad de las primas, bonificaciones y demás emolumentos en el mismo periodo.

1.2. HECHOS

Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

- La señora IBETH CATALINA DE LA OSSA SIERRA, nació el día 23 de julio de 1956, y laboró al servicio oficial en la Rama Judicial y el Ministerio Público desde el 28 de junio de 1982 hasta el 31 de diciembre de 2014, por más de 30 años, siendo su último cargo el de JUEZ PENAL MUNICIPAL.
- Que la señora IBETH CATALINA DE LA OSSA SIERRA, ha laborado al servicio de la RAMA JUDICIAL y el MINISTERIO PÚBLICO, por más de diez años cumpliendo el requisito para acceder al Régimen Especial de la Rama Judicial contenido en el Decreto 546 de 1971 artículo 6 y Decreto 717 de 1978 artículo 12 y concordantes.
- Que la actora se trasladó al "RAIS" Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el 1 de febrero de 2001, posteriormente regresó al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen con Prima Media con Prestación Definida, es decir a COLPENSIONES, el 20 de diciembre de 2010, que en el RAIS cotizó aportes por más de cinco años.
- COLPENSIONES mediante las Resoluciones No. 1230 del 7 de febrero de 2014, VPB 9596 del 13 de junio de 2014 y GNR 113881 del 22 de abril de 2015, negó el reconocimiento de la pensión inicialmente y luego el reconocimiento del Régimen de transición y el Régimen Especial de la Rama Judicial a la actora.

No. 4196





13-001-33-33-007-2016-00267-01

- En escrito de fecha 18 de diciembre de 2014 la actora solicitó a COLPENSIONES reliquidación pensional, la cual fue resuelta en forma negativa mediante Resolución No. GNR 113881 del 22 de abril de 2015.
- Posteriormente se elevó nueva solicitud de reliquidación pensional ante COLPENSIONES la cual fue resuelta en forma negativa mediante Resolución No. GNR 148196 del 20 de mayo de 2014.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante afirmó que los actos acusados violan el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 29, 48, 53 de la Constitución Política, Ley 91 de 1989, Decreto 1848 de 1969, Decreto 1743 de 1966, Decreto 1045 de 1978, Ley 100 de 1993, Ley 33 de 1985, ley 62 de 1985, Decreto 546 de 1971, Decreto 717 de 1978.

Manifiesta que la actora estuvo vinculado como Funcionario Público desde el año 1973, al haber cumplido con más de veinte años de servicio, de conformidad con lo establecido en la ley 33 de 1985, y contar con más de 35 años de edad y más de 15 años de servicio al momento de entrar en vigencia el nuevo sistema de seguridad social en pensiones (01 de abril de 1994), por lo anterior teniendo afirma que el actor tiene derecho a la pensión de jubilación en aplicación del régimen de transición.

Por lo anterior, señala que como quiera que la actora laboró como servidor público al servicio de la RAMA JUDICIAL y el MINISTERIO PUBLICO por más de 18 años le es aplicable en virtud del régimen de transición el Decreto 546 de 1971 y el Decreto 717 de 1978, los cuales consagran el régimen especial aplicable a los ex funcionarios de la RAMA JUDICIAL y el MINISTERIO PUBLICO.

2. LA SENTENCIA APELADA (fs. 130-137)

Mediante sentencia oral de fecha 29 de agosto de 2017, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió negar las pretensiones de la demanda.

Precisa el A quo el 1 de abril de 1994, fecha en la que entro a regir el Sistema de Seguridad Social para el sector público, la señora IBETH DE LA OSSA SIERRA contaba con más de 35 años de edad, toda vez que la actora nació el 23 de julio de 1956, situación que la hace beneficiaria del régimen de transición





13-001-33-33-007-2016-00267-01

previsto en la ley 100 de 1993, ya que cumple con uno de los supuestos de la norma que consiste en tener 35 años de edad para las mujeres. El A quo señala que los requisitos y beneficios del régimen de transición son los establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que a su vez remite al régimen anterior que resultaba aplicable.

No obstante lo anterior, advierte que la accionante durante su relación laboral, estuvo afiliada al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, situación que de conformidad con lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 36 de la ley 100 de 1993, la excluye del régimen de transición, toda vez que desde el 18 de junio de 1982 al 30 de enero de 2001, hizo cotizaciones a la antigua CAJANAL, luego entre el 1 de febrero del año 2001 al 30 de enero de 2011 sus cotizaciones estuvieron destinadas a COLFONDOS, es decir al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, posteriormente entre el 1 de febrero de 2011 al 31 de diciembre de 2014 retorno al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES.

Por lo anterior, concluye que como la demandante se afilio al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, a pesar de haberse cambiado con posterioridad al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIONES DEFINIDAS, no recupero el derecho a la aplicación del régimen de transición, toda vez que la norma lo excluye de ese derecho por haberse acogido al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD. Aduce que si bien la Corte Constitucional ha permitido que se garantice la aplicación del régimen de transición a quienes se hubiesen cambiado de régimen y hubieran regresado al de PRIMA MEDIA CON PRESTACIONES DEFINIDAS, ello solo aplica respecto de aquellos que con la entrada en vigencia de la Ley 100 hubieran tenido más de 15 años de servicio y no de quienes accedieron a la transición por el requisito de edad.

Así las cosas afirma que la accionante para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 solo contaba con 11 años y 10 meses de servicio, por lo que no tiene derecho a recuperar el régimen de transición.

3. LA APELACIÓN (fs. 166-187)

En el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se aduce la vulneración del derecho a la seguridad social en conexidad con el debido proceso, derechos adquiridos, mínimo vital y móvil, igualdad y vida digna en condiciones dignas.





13-001-33-33-007-2016-00267-01

Manifiesta en su escrito que el A quo se fundamentó en una indebida valoración material probatorio en defecto sustantivo, que lo llevo a negar la aplicación de las normas más favorables la reconocimiento pensional de la señora IBETH CATALINA DE LA OSSA SIERRA, y al ordenar la aplicación de una norma aplicable restrictiva cercena los derechos fundamentales de la actora.

Afirma que la actora, al 01 de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad, por lo que a su juicio se encuentra amparada en el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Manifiesta que el A quo en el fallo dio aplicación a la corriente de lo considerado por la Corte Constitucional teniendo en cuenta la sentencia C-789 de 2002, sentencia que incorporó una interpretación restrictiva de las normas y de los conceptos jurisprudenciales. Por otro lado el Consejo de Estado en su línea jurisprudencial ha establecido respecto del traslado de regímenes, los principios de progresividad y de la teoría de los derechos adquiridos, en la cual ha reiterado que el régimen de transición no es una mera expectativa sino un derecho adquirido.

Que la accionante eligió inicialmente el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, cotizando por más de 19 años, posteriormente la actora se traslada a la "RAIS" RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD el 1 de febrero de 2001, posteriormente regreso al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA- COLPENSIONES- el 20 de diciembre de 2010, manifiesta que en el RAIS cotizo aportes por más de 5 años.

Que el Decreto No. 3800 de 2003 mediante el cual se establecía el requisito de 15 años de servicios para poder efectuar el traslado al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA y conservar los beneficios del régimen en transición fue declarado nulo por el Consejo de Estado, el cual manifestó que el beneficio del régimen de transición no se pierde cuando se ha efectuado traslado del régimen DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA al RAIS, toda vez que el afiliado por ser titular de un derecho adquirido puede devolverse al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA en cualquier tiempo.

Que la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, esto es el 1 de abril de 1994, la accionante tenía 54 años de edad por lo que le es aplicable el régimen de transición. Asimismo, señala que le es aplicable los criterios sobre el ingreso base de liquidación previstos en las Leyes 33 de 1985 y la ley 62 de 1985.

4. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA





13-001-33-33-007-2016-00267-01

Mediante providencia de fecha 14 de diciembre de 2017, se admitió el recurso de apelación interpuesto (f. 4 Cuaderno de 2da instancia), y finalmente, a través de auto de fecha 11 de julio de 2018 (f. 12 Cuaderno de 2da instancia) se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto.

5. ALEGACIONES

5.1. PARTE DEMANDANTE (fs.32-53)

El apoderado judicial de la parte demandante reafirma los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

5.2 PARTE DEMANDADA (fs. 15-16)

El apoderado judicial de la accionada manifiesta que la accionante registra un traslado al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL y retornó al régimen DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA el 1 de febrero de 2011, por lo que afirma que para la correcta reliquidación pensional bajo los lineamientos del Decreto 546 de 1971, por parte de la administradora, es necesario establecer si a la demandante le asiste derecho de conservación del régimen de transición en razón a su traslado.

La entidad accionada cita la sentencia SU-062 de 2010 proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional en la cual se establece que las personas amparadas en el régimen de transición pueden regresar en cualquier tiempo al régimen de prima media cuando previamente hayan elegido el régimen de ahorro individual o se hayan trasladado a él, con el fin de pensionarse a las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, no obstante deben cumplir los siguientes requisitos:

I. Tener, a 1 de abril de 1994, 15 años de servicios cotizados.

II. Trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual.

III. Que el ahorro hecho en el régimen de ahorro individual no sea inferior al monto total de aporte legal correspondiente en caso que hubieran permanecido en el régimen de prima media.



13-001-33-33-007-2016-00267-01

Teniendo en cuenta lo anterior, la accionada afirma que a 1 de abril de 1994, la accionante contaban con 605 semanas de cotización equivalentes a 11 años y 9 meses de servicios, los cuales se encuentran certificados mediante Formato CLEBP emitido por la Dirección Seccional de Administración Judicial en Cartagena, por lo que no acredita el requisito necesario para conservar el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO (fs 17-31)

El Ministerio Público rindió concepto dentro del presente asunto manifestando que se debe confirmar el fallo apelado toda vez que de la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1 de abril de 1994, la señora IBETH CATALINA DE LA OSSA SIERRA no tenía más de 15 años de servicios en la rama judicial, ya que ingresó el 28 de junio de 1982, razón por la cual a su juicio con el traslado el 1 de febrero de 2001 al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad, perdió los beneficios del régimen al que había accedido por contar con más de 35 años.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

V.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, situación que se evidencia en el sub-lite.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Una vez analizada la demanda, la Sala encuentra que el problema jurídico central, se concreta en el siguiente cuestionamiento:



13-001-33-33-007-2016-00267-01

¿ Si la demandantes al trasladarse del Régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual pierde los beneficios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y si en aplicación del mismo tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación, teniendo en cuenta el 75 % de todo lo devengado durante el último año de servicios?

En caso de ser afirmativo el problema jurídico planteado, se confirmará la sentencia de primera instancia, en caso contrario se revocará.

3. TESIS

La sentencia impugnada será confirmada, toda vez que se logró acreditar que la accionante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 11 años de servicio, por lo que no cumplió con el primer requisito establecido por la Corte Constitucional para conservar los beneficios contemplados en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para las personas que se han trasladado de régimen pensional.

4. ARGUMENTACIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

4.1. La seguridad Social como derecho fundamental

El Derecho a la seguridad social, ha sido entendido¹ desde dos perspectivas constitucionales, de una parte, como un servicio público que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, el cual debe responder a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; y por otro lado, como un derecho fundamental irrenunciable en cabeza de todos los ciudadanos.

También se ha señalado que de este derecho se desprende el derecho a la pensión de jubilación, que consiste en recibir el goce efectivo de una mesada calculada de acuerdo con los factores dispuestos por la ley para la situación de cada persona. Se trata de un derecho fundamental que tiene como objeto brindar las condiciones económicas para la vida digna de quienes han trabajado por mucho tiempo y que llegan a una edad avanzada².

¹ Sentencia T-039 de 2017

² sentencia T-013 de 2011.





13-001-33-33-007-2016-00267-01

Bajo esta perspectiva, la garantía y goce de la pensión, como derecho fundamental integral de la seguridad social, debe ser estudiado y aplicado desde una perspectiva constitucional, bajo los principios de universalidad y solidaridad, a la luz de la e interpretación constitucional.

4.2. El Precedente Constitucional

La Corte Constitucional tiene a su cargo “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución³”, así pues, es la encargada de fijar los efectos de los derechos fundamentales y determinar el sentido en que debe interpretarse la norma Superior⁴.

En la sentencia SU-354 de 2017, la Corte Constitucional manifestó que la interpretación de la Constitución tiene como propósito principal orientar el ordenamiento jurídico hacia los valores y principios Constitucionales, por lo que no reconocer el alcance vinculante de los fallos, genera en nuestro ordenamiento jurídico falta de coherencia y contradicciones entre la normatividad y la Carta.

Así pues la máxima autoridad constitucional ha señalado que en los fallos de constitucionalidad, su carácter obligatorio se desprende de los efectos erga omnes, así como de la cosa juzgada constitucional de que están revestidos⁵; por ello, se ha precisado que las razones o motivos de la decisión de las sentencias de juicio abstracto contienen la solución constitucional a los problemas jurídicos estudiados, y por tal razón, deben ser atendidas por las autoridades judiciales, para que la aplicación del derecho sea conforme a la Carta Política⁶.

En torno a los fallos de revisión de tutela, se ha referido que el respeto de su *ratio decidendi*, logra la concreción de los principios de igualdad en la aplicación de la ley y la confianza legítima. Igualmente, se ha destacado que cuando se trata de sentencias de unificación y de control abstracto de

³ Artículo 241 Constitución Política de Colombia.

⁴ Sentencia T-018 de 2018

⁵ Artículo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

⁶ Sentencia T-410 de 2014





13-001-33-33-007-2016-00267-01

constitucionalidad, basta un pronunciamiento para que exista un precedente, lo anterior debido a que *"las primeras, unifican el alcance e interpretación de un derecho fundamental para casos que tengan un marco fáctico similar y compartan problemas jurídicos y, las segundas, determinan la coherencia de una norma con la Constitución Política"*⁷.

En este orden, el desconocimiento del precedente constitucional, *"independientemente del tipo de defecto en el que se clasifique, es decir, como defecto autónomo o como modalidad de defecto sustantivo, no solo conlleva la trasgresión de las garantías fundamentales a la igualdad y al debido proceso, sino que también vulnera el principio de supremacía constitucional."*⁸

De conformidad con lo expuesto, el precedente Constitucional debe ocupar un lugar privilegiado en el análisis del caso por parte del juez de la causa, pues de lo contrario, se quebrantan los principios Constitucionales de la igualdad y la supremacía de la Carta Política, y es que para quienes administran justicia, respetar la jurisprudencia de la máxima corporación constitucional es un deber, especialmente, porque es a través de la función jurisdiccional de la Corte Constitucional que se garantiza la eficacia de los derechos constitucionales a los asociados⁹.

4.3. Regímenes pensionales creados por la ley 100 de 1993

A través de la ley 100 de 1993, el legislador 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 regímenes es obligatoria, la selección de uno de estos sistemas es libre y, una vez hecha la selección inicial, los afiliados tienen la posibilidad de trasladarse de un régimen pensional a otro, con el cumplimiento de las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1999.

⁷ Sentencia T-233 de 2017.

⁸ Ibídem

⁹ T-410 de 2014.





13-001-33-33-007-2016-00267-01

Según el artículo 31 de la Ley 100 de 1993 el RÉGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA es *"aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas"*. En este régimen los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen *"un fondo común de naturaleza pública"*, que garantiza el pago de las prestaciones a quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la ley. Las personas afiliadas a 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.

A su turno, de conformidad con el inciso primero del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD *"es 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 los 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.

El régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y el traslado de los regímenes pensionales.

La ley 100 de 1993, contempló un régimen de transición pensional, para efectos de garantizar derechos consolidados con base en normas anteriores, de la siguiente manera:



13-001-33-33-007-2016-00267-01

"ARTÍCULO 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."

En tal sentido, dicho beneficio está dirigido a: i) Mujeres con treinta y cinco (35) o más años de edad al 1º de abril de 1994; ii) hombres con cuarenta (40) o más años de edad al 1º de abril de 1994; iii) hombres y mujeres que independientemente de la edad, acrediten quince (15) años o más de servicios cotizados al 1º de abril de 1994.

La Ley 100 de 1993 previo la posibilidad de traslado entre regímenes pensionales, situación que presenta particularidades importantes en el caso de las personas beneficiarias del régimen de transición pues, según el artículo 36 (incisos 4 y 5) de la ley 100 de 1993, la protección que otorga éste último se "extingue" cuando se escoge, inicialmente o por traslado, el régimen de ahorro individual, lo cual quiere decir que no se recupera por el ulterior cambio que se haga al régimen de prima media. Dice la disposición mencionada:

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

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

En este orden, si bien los beneficiarios del régimen de transición tienen la libertad para escoger el régimen pensional al que se desean afiliar y también





13-001-33-33-007-2016-00267-01

poseen la facultad de trasladarse entre ellos; la escogencia del régimen de ahorro individual o el traslado que hagan al mismo trae para ellos una consecuencia: la pérdida de la protección del régimen de transición. En ese sentido, estas personas, para pensionarse, deberán cumplir necesariamente con los requisitos de la ley 100 de 1993 según el régimen pensional que elijan y no podrán hacerlo de acuerdo con las normas anteriores, aunque les resulten más favorables.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia SU- 130 de 2013 unificó la posición adoptada por dicha Corporación y realizó un recuento normativo y jurisprudencial sobre este tema de la siguiente manera.

“1. Tratamiento inicial por vía de control abstracto de constitucionalidad

9.1.1. La posibilidad de traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, por parte de los beneficiarios del régimen de transición, ha sido un tema ampliamente debatido en la jurisprudencia de esta corporación, tanto por vía de control abstracto de constitucionalidad, como a través del control concreto, mediante la revisión eventual de las acciones de tutela.

9.1.2. Por vía de control abstracto, el primer pronunciamiento que efectuó la Corte se encuentra consignado en la Sentencia C-789 de 2002[56], a propósito de una demanda de inconstitucionalidad formulada contra los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100/93[57], que, como se ha explicado, se ocupa de regular el régimen de transición. En los referidos incisos, objeto de cuestionamiento en el citado fallo, se consagran los aspectos relacionados con las circunstancias de exclusión del régimen de transición. En ese sentido, los mismos excluyen de sus beneficios a los trabajadores que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, en el evento en que se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, o habiendo escogido éste, decidan cambiarse al de prima media con prestación definida. Respecto de los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios cotizados, los citados incisos no establecieron para ese grupo ningún tipo de exclusión.

9.1.3. En esa oportunidad, las referidas normas fueron cuestionadas por el demandante, bajo la consideración de quebrantar la garantía constitucional de protección de los derechos adquiridos y el derecho fundamental a la igualdad, pues, en su sentir, el acceso al régimen de transición constituye un derecho adquirido para quienes reúnen los requisitos de edad o tiempo de servicios, el cual no puede ser desconocido por el hecho de tomar la opción de trasladarse de régimen pensional.

9.1.4. Para decidir sobre la acusación, la Corte inició por precisar que, **frente a un tránsito legislativo, el acceso al régimen de transición en pensiones no es un derecho adquirido sino una expectativa legítima, si al momento de entrar en vigencia el SGP el trabajador no ha cumplido con todos requisitos exigidos por la ley para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez, conforme con el régimen al cual se encuentra afiliado.**





13-001-33-33-007-2016-00267-01

9.1.5. Desde esa perspectiva, consideró que "el legislador no está obligado a mantener en el tiempo las expectativas que tienen las personas conforme a las leyes vigentes en un momento determinado", razón por la cual, en ejercicio de su amplia libertad de configuración normativa, puede modificar situaciones jurídicas no consolidadas en el marco de vigencia de una norma, como por ejemplo, restringir o limitar el acceso de los trabajadores al régimen de transición previsto en la Ley 100/93, pero siempre dentro de los límites fijados por la Constitución Política y respetando los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Frente a este aspecto, en el aludido fallo la Corte precisó:

"La Constitución delega al legislador la función de configurar el sistema de pensiones, y le da un amplio margen de discrecionalidad para hacerlo, precisamente para garantizar que el sistema cuente con los "medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante," y para darle eficacia a los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad, conforme al artículo 48 de la Carta. De tal modo, es necesario que el legislador pueda transformar las expectativas respecto de la edad y tiempo de servicios necesarios para adquirir la pensión, de tal forma que el Estado pueda cumplir sus obligaciones en relación con la seguridad social, a pesar de las dificultades que planteen los cambios en las circunstancias sociales. Por tal motivo, la Corte, refiriéndose a los regímenes de transición, ha sostenido que una concepción semejante implicaría la petrificación del ordenamiento, en desmedro de diversos principios constitucionales"[58].

9.1.6. Bajo esa premisa, al revisar el contenido normativo de las disposiciones objeto de censura, la Corte advirtió que el legislador no desbordó su margen de configuración política por el hecho de establecer una diferencia de trato entre los beneficiarios del régimen de transición por edad y los beneficiarios por tiempo de servicios cotizados, en lo que se refiere a la pérdida del régimen de transición por traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad. Dos fueron las razones principales que tuvo la Corte para arribar a dicha conclusión:

- Inicialmente, por cuanto consideró que no resulta acorde con el principio de proporcionalidad y con la protección que recibe el trabajo como valor fundamental del Estado y como derecho, que personas que habiendo cumplido con el 75% o más de tiempo de trabajo al momento de entrar en vigencia la Ley 100/93, terminen perdiendo las condiciones favorables con las que aspiraban a pensionarse, por la circunstancia de haberse trasladado de régimen pensional, pasando del régimen de prima media al de ahorro individual.

- De igual manera, sostuvo que tampoco resulta acorde con el mismo principio de proporcionalidad, que quienes se trasladaron del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, pero posteriormente regresaron a aquél, mantengan las condiciones favorables del régimen de transición, sin consideración al monto de los aportes que hubieren efectuado para obtener el derecho a la pensión de vejez, como es precisamente el caso de los beneficiarios del régimen de transición por edad, pues ello podría conllevar al desequilibrio financiero del sistema.

9.1.7. Bajo esas premisas, se reitera, encontró justificado la Corte que el legislador, a través de los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100/93, solo haya decidido excluir





13-001-33-33-007-2016-00267-01

del régimen de transición a sus beneficiarios por edad, cuando éstos tomen la decisión de cambiarse del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad. Acorde con esa lectura, puntualizó la Corte que únicamente quienes cumplan con el requisito de tiempo de servicio, no pierden los beneficios del régimen de transición por el hecho de trasladarse de régimen pensional.

El tema antes referido, fue abordado por la Corte en la Sentencia **C-789 de 2002**, en los siguientes términos:

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

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

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

Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo.[59] 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),[60] terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión.



13-001-33-33-007-2016-00267-01

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".

9.1.8. Definido el alcance de las disposiciones enjuiciadas, en el sentido de que no pierden el beneficio de la transición por cambio de régimen, las personas que tenían 15 años o más de servicios cotizados a 1º de abril de 1994, la Corte aclaró en el mismo fallo que, en todo caso, para efectos del cálculo de la pensión conforme al régimen de transición, se requiere que este grupo de afiliados regrese nuevamente al régimen de prima media con prestación definida, pues, de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad, su pensión se calcularía con fundamento en las disposiciones de la Ley 100/93. A la anterior conclusión llegó la Corte sobre la base de considerar que el régimen de prima media y el régimen de ahorro individual son excluyentes y, por tanto, no es posible aplicar el régimen de transición a quienes se encuentren afiliados a este último.

En relación con el punto, la corporación expresó:

"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".

9.1.9. Finalmente, con el propósito de armonizar la expectativa de acceso al régimen de transición de los afiliados al régimen de prima media por tiempo de servicios cotizados, con el equilibrio financiero del sistema, **la Corte fijó dos importantes condiciones, a saber: (i) que al regresar nuevamente al régimen de prima media se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual y (ii) que dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieran permanecido en el régimen de prima media,** pues "el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida".

9.1.10. Así las cosas, aunque la Corte consideró que los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100/93, en tanto prescriben que el régimen de transición se pierde cuando voluntariamente el afiliado se acoge al régimen de ahorro individual o se traslada a él, se avienen plenamente a la Constitución Política, aclaró que dichas disposiciones resultan aplicables únicamente a quienes cumplen con el requisito de edad a 1º de abril de 1994. Por tanto, aquellas personas que para la misma fecha contaban con 15 años o más de servicios cotizados no pierden tal beneficio y, en consecuencia, una vez hecho el traslado al régimen de prima media, pueden adquirir su derecho a la pensión de vejez conforme al régimen anterior al cual se encontraban afiliados. Para tal efecto,



13-001-33-33-007-2016-00267-01

la única condición será trasladar a él todo el ahorro que tengan depositado en su cuenta individual, el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en dicho régimen.

9.1.11. Sobre la base de los anteriores razonamientos, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100/93, bajo los siguientes entendimientos:

- Que la prohibición de traslado para efectos de mantenerse en el régimen de transición, únicamente aplica para aquellas personas que a 1º de abril de 1994, cumplan con el requisito de edad, esto es, 35 años mujeres y 40 años hombres, máxime cuando el propio legislador no contempló tal prohibición de manera expresa para los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios cotizados.
- Que el régimen de transición se aplica a quienes, estando en el régimen de prima media con prestación definida, se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, habiendo cumplido el requisito de quince (15) años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, y decidan regresar al régimen de prima media con prestación definida, siempre y cuando: a) trasladen a éste todo el ahorro que efectuaron al régimen de ahorro individual con solidaridad; y b) dicho ahorro no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media. En tal caso, el tiempo trabajado les será computado en el régimen de prima media.

9.2. La Ley 797 de 2003 y sus efectos

9.2.2.1. Dentro del propósito de darle mayor estabilidad y sostenibilidad al sistema pensional, con posterioridad a la Sentencia C-789 de 2002, el Congreso de la República expidió la Ley 797 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".

9.2.2.2. En lo que interesa a la presente causa, el artículo 2º del citado ordenamiento modificó el literal e) del artículo 13 de Ley 100/93, norma que se ocupa de las características del SGP. Dentro de ese contexto, el referido literal e) regula lo relacionado con el traslado de régimen pensional y, en su versión original, establecía que los afiliados al SGP solo podían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial. **Precisamente, en procura de un mayor nivel de estabilidad y sostenibilidad del sistema, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, se extendió el término de traslado de tres (3) a cinco (5) años y, adicionalmente, se fijó un límite para el ejercicio de tal prerrogativa, en el sentido de que no podrán trasladarse de régimen quienes les falte diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.** Con el fin de que las personas que para ese momento se encontraban dentro de la hipótesis normativa, no se vieran sorprendidas con la nueva regulación, el legislador estableció una medida de transición o período de gracia, consistente en permitirle a todos los afiliados, en el término de un (1) año, contado a partir de la entrada en vigencia de la ley, trasladarse de régimen en cualquier tiempo.



13-001-33-33-007-2016-00267-01

9.2.2.3. Con respecto a la modificación propuesta al literal e) del artículo 13 de Ley 100/93, en la exposición de motivos del Proyecto de Ley 56 de 2002 Senado, que luego se convirtió en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, quedó explicado el alcance de la reforma, en los siguientes términos:

"Se mantiene el principio de libre selección de régimen consagrado en la Ley 100 de 1993 pero se le adicionan dos condiciones que permiten darle más estabilidad y sostenibilidad al sistema pensional. En primer lugar se amplía el plazo para el cambio entre regímenes a una vez cada cinco años, y en segundo lugar, se limita este ejercicio de traslado en el tiempo, al no permitirlo durante los últimos diez años que le falten al afiliado para cumplir la edad exigida en el régimen de prima media para tener derecho a la pensión de vejez. En todo caso se prevé una disposición transitoria para quienes ya se encuentran en esta situación.

Adicionalmente se dispone que toda pensión debe fundarse en tiempos servidos o cotizados, asegurando así la financiación de las mismas y eliminado privilegios injustificados"[61].

9.2.2.4. Bajo ese entendido, el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 es del siguiente tenor:

"ARTÍCULO 2o. Se modifican los literales a), e),i), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y se adiciona dicho artículo con los literales l), m), n), o) y p), todos los cuales quedarán así:

Artículo 13. Características del Sistema General de Pensiones.

(...)

e) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos solo 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;

(...)"

9.2.2.5. Acorde con dicha disposición: (i) todos los afiliados al SGP, incluidos los beneficiarios del régimen de transición, tienen la posibilidad de trasladarse de régimen pensional por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial, salvo que les falte diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, caso en el cual no es posible el traslado; (ii) no obstante tal prohibición, se otorgó un período de gracia de un (1) año, contado a partir de la entrada en vigencia de la ley, para que los afiliados a uno y otro régimen se trasladaran entre sí sin ningún tipo de restricción, vencido el cual deben sujetarse a la regla establecida en la norma.

9.2.3. Jurisprudencia constitucional posterior a la Ley 797 de 2003



13-001-33-33-007-2016-00267-01

9.2.3.1. El artículo 2º de la Ley 797 de 2003 anteriormente expuesto, fue sometido al juicio de constitucionalidad mediante demanda ciudadana, formulada específicamente contra la expresión: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le falten diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez". En esa oportunidad, el problema jurídico que debió abordar la Corte se relacionaba con el hecho de que la norma acusada, al restringirle al trabajador el derecho de trasladarse de régimen pensional, cuando le falten diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, vulneraba los artículos 13 y 53 de la Constitución Política, que le permiten optar libremente por el régimen pensional que más le convenga, sin que sea posible establecer diferencias en razón del tiempo que les resta para cumplir con los requisitos de acceso al derecho a la pensión.

9.2.3.2. Al resolver sobre el citado problema jurídico, en la **Sentencia C-1024 de 2004**, la Corte concluyó que el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 era exequible, en consideración a que el período de carencia o de permanencia obligatoria allí previsto, conduce a la obtención de un beneficio directo en favor de los sujetos a quienes se les aplica, pues además de contribuir al logro de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia, asegura la intangibilidad y sostenibilidad del sistema pensional, preservando los recursos económicos que han de garantizar el pago futuro de las pensiones y el reajuste periódico de las mismas.

9.2.3.3. De manera puntual, en la aludida providencia la Corte recordó que "el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones que, por su misma esencia, pueden conducir al establecimiento de una diversidad de trato entre sujetos puestos aparentemente en igualdad de condiciones, tales como, el señalamiento de límites para hacer efectivo el derecho legal de traslado entre regímenes pensionales. Ahora bien, la Corte ha sostenido que dicha diversidad de trato no puede considerarse per se contraria al Texto Superior, pues es indispensable demostrar la irrazonabilidad del tratamiento diferente y, más concretamente, la falta de adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida en el logro de un fin constitucionalmente admisible"[62].

9.2.3.4. Desde esta perspectiva, explicó que "el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes"[63].

9.2.3.5. Acorde con ello, precisó que "el período de carencia o de permanencia obligatoria, permite, en general, una menor tasa de cotización o restringe la urgencia de su incremento, al compensar esta necesidad por el mayor tiempo que la persona permanecerá afiliado a un régimen, sin generar los desgastes administrativos derivados de un traslado frecuente y garantizando una mayor utilidad financiera de las





13-001-33-33-007-2016-00267-01

inversiones, puesto que éstas pueden realizarse a un largo plazo y, por ello, hacer presumir una creciente rentabilidad del portafolio conformado por la mutualidad del fondo común que financia las pensiones en el régimen de prima media con prestación definida"[64].

9.2.3.6. Así mismo, la Corte encontró que el período de carencia previsto en la norma demandada "permite defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues como previamente se expuso, se aparta del valor material de la justicia que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad a partir de los rendimientos producidos por la administración de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiados del riesgo asumido por otros (C.P. preámbulo y art. 1º), o eventualmente, subsidiados a costa de los recursos ahorrados con fundamento en el aporte obligatorio que deben realizar los afiliados al Régimen de Ahorro Individual, para garantizar el pago de la garantía de la pensión mínima de vejez cuando no alcanzan el monto de capitalización requerida, poniendo en riesgo la cobertura universal del sistema para los ahorradores de cuentas individuales"[65].

9.2.3.7. **No obstante las anteriores consideraciones, como quiera que en la Sentencia C-789 de 2002, la corporación ya había dejado establecido que los afiliados con 15 años o más de servicios cotizados a 1º de abril de 1994, no pierden los beneficios del régimen de transición por el hecho de trasladarse al régimen de ahorro individual y, en consecuencia, pueden regresar al régimen de prima media para hacer efectivo tal beneficio, condicionó la exequibilidad de la norma demandada, en el entendido de que estas personas pueden retornar en cualquier tiempo a dicho régimen, conforme a los términos señalados en la Sentencia C-789 de 2002.**

9.2.3.8. Lo anterior significa entonces que, en los términos de la Sentencia C-789 de 2002, la prohibición de traslado a quienes les falten diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez no aplica para los sujetos del régimen de transición por tiempo de servicios cotizados (15 años o más), los cuales pueden trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media "en cualquier tiempo" para hacer efectivos los beneficios del régimen de transición, tal y como lo reconoció la Corte en la sentencia C-789 de 2002. Los demás afiliados, incluyendo a los beneficiarios del régimen de transición por edad, deberán sujetarse al término previsto en el literal e) del artículo 13 de Ley 100/93.

Tal consideración quedó expuesta en la parte resolutive del fallo en mención, de la siguiente manera:

"Primero. Declarar EXEQUIBLE el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en el siguiente aparte previsto en el literal e), a saber: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; (...)", exclusivamente por el cargo analizado en esta oportunidad y bajo el entendido que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002.





13-001-33-33-007-2016-00267-01

(...)"

9.2.3.9. Así las cosas, conforme a los dos pronunciamientos contenidos en las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, en las que se decidió acerca de la constitucionalidad de los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100/93 y del artículo 2° de la Ley 797 de 2003, la Corte dejó claramente definido el contenido y alcance de las citadas disposiciones, en lo relacionado con el traslado de régimen pensional y las consecuencias derivadas del mismo.

9.2.3.10. De lo señalado por la Corte en dichas providencias, se desprende, entonces, que todos los usuarios del SGP, incluidos los sujetos del régimen de transición, bien por edad o por tiempo de servicios, pueden elegir libremente entre el régimen de prima media o el régimen de ahorro individual, conservando la posibilidad de trasladarse entre uno y otro, en los términos del literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, tal como fue modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, es decir, cada cinco años contados a partir de la selección inicial y siempre que no les falte menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Sin embargo, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios (15 años o más de cotizaciones), estos pueden cambiarse de régimen sin límite temporal, es decir, en cualquier tiempo, por ser los únicos que no quedan excluidos de los beneficios del régimen de transición, en los términos de las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004. Para tales efectos, la única condición será trasladar al régimen de prima media todo el ahorro efectuado en el régimen de ahorro individual, el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en aquél régimen.

9.2.4. Tratamiento dado por la jurisprudencia constitucional por vía de control concreto

9.2.4.1. Aun cuando en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, a través de las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, esta corporación había delimitado el alcance del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, en el sentido de que solo quienes tenían 15 años de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, conservaban los beneficios del mismo no obstante haberse trasladado al régimen de ahorro individual, pudiendo regresar sin restricción alguna al régimen de prima media, con posterioridad a los citados fallos, por vía del control concreto, mediante la revisión eventual de las sentencias de tutela, la propia Corte ha venido adoptando decisiones que no son uniformes y que desbordan los mandatos contenidos en los incisos 4° y 5° del referido artículo 36 de la Ley 100/93, conforme los mismos ha sido interpretado por los citados fallos.

Inicialmente, la Sala Primera de Revisión profirió la Sentencia T-818 de 2007[66], con ocasión de una acción de tutela promovida contra Porvenir A.F.P. por un afiliado al régimen de ahorro individual, sujeto del régimen de transición por edad, a quien se le negó el traslado al régimen de prima media para hacer efectivo dicho beneficio, en razón de no acreditar 15 años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994.

Bajo la consideración de que el acceso al régimen de transición es un derecho adquirido en cualquiera de las hipótesis previstas en el artículo 36 de la Ley 100/93 y que, por tanto, el actor, al cumplir con el requisito de edad sigue conservando dicho beneficio a pesar de haberse trasladado al régimen de ahorro individual, resolvió amparar sus derechos fundamentales a la seguridad social y a la libre elección de



13-001-33-33-007-2016-00267-01

régimen pensional y, en consecuencia, dispuso su retorno al régimen de prima media, junto con la totalidad del ahorro depositado en su cuenta individual.

Concretamente, en la citada sentencia se dijo:

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

(...)

La Sala de Revisión encuentra probado que el actor ha cotizado en total – incluyendo el tiempo en ambos regímenes- 22 años. Esto por cuanto el señor Gallegos indica que cuenta con "(...) cuatro años cotizados al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, en el sector privado y 18 años como funcionario público (sic), (...) al SEGURO SOCIAL". Lo que implica que a 12 de diciembre de 1993 tenía 8 años cotizados aproximadamente. Por consiguiente no hacía parte por este aspecto, de los trabajadores que ingresaron al régimen de transición por no tener '(...) quince (15) o mas años de servicios cotizados (...)'.

Sin embargo, el señor Rito Celio Gallegos Ruiz nació el 21 de abril de 1952 (Cuad. 1, folio 1); para la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 tenía 41 años de edad. En este orden de ideas, el actor cumplía a cabalidad con uno de los requisitos para hacer parte del régimen de transición, pues se encontraba dentro del grupo de trabajadores que al tener cuarenta años o más de edad podían ser beneficiarios de dicho régimen. En este sentido es necesario concluir que, al ser los requisitos para ingresar a dicho régimen disyuntivos -basta con que en cabeza de una persona se configure solamente uno-, el actor hace parte del régimen de transición y por ende es su derecho pensionarse bajo los parámetros definidos en el sistema anterior, aun cuando voluntariamente haya cambiado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

3.3 Ahora bien, la principal pretensión del accionante está encaminada a lograr que el juez de tutela ordene el traslado de la AFP PORVENIR al Seguro Social, comportamiento que es rechazado por la entidad accionada bajo el argumento de existir normas que regulan la materia y que no permiten llevarlo a cabo. La Sala considera que los fundamentos jurídicos de la entidad accionada son infundados por las siguientes razones:

La Corte Constitucional dejó claramente establecido en la Sentencia C-1024 de 2004 que '...bajo el entendido que las personas que reúnan las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste- en cualquier tiempo – conforme a los términos señalados en la sentencia C- 789 de 2002'.



13-001-33-33-007-2016-00267-01

En consecuencia, los beneficiarios del régimen de transición que se habían trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad podían regresar al régimen de prima media con prestación definida, o sea que podían regresar de las administradoras de fondos pensionales al seguro social en cualquier tiempo antes de pensionarse y que el único requisito era trasladar lo que tenían en esos fondos al seguro social, independientemente de les faltares menos de 10 años para pensionarse".

Según se advierte del citado fallo, contrario al precedente jurisprudencial fijado en sede de constitucionalidad, la Sala de Revisión partió de la premisa según la cual, el régimen de transición es un derecho adquirido y, como tal, debe garantizarse su efectividad en cualquiera de los dos escenarios descritos para su acceso (edad o tiempo), aun cuando el trabajador se haya trasladado al régimen de ahorro individual. En otras palabras, para la Sala, quienes cumplen el requisito de edad para acceder al régimen de transición, al igual que aquellos que acreditan el requisito de tiempo de servicios cotizados, no pierden dicho beneficio al trasladarse de régimen pensional y, por tal motivo, pueden retornar en cualquier tiempo al régimen de prima media para hacerlo efectivo.

A partir de la anterior decisión, surge, por vía de tutela, una interpretación distinta de las normas que regulan el traslado de régimen pensional, que resulta contradictoria frente a la definición constitucional que del alcance del artículo 36 de la Ley 100/93 hizo la Corte Constitucional en las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, pues allí se desconoce que la posibilidad de traslado en cualquier tiempo conforme a la última de las sentencias citadas, únicamente opera para los sujetos del régimen de transición por tiempo de servicios cotizados, en los términos señalados en la Sentencia C-789 de 2002.

9.2.4.2. Posteriormente, mediante la Sentencia T-449 de 2009[67], la misma Sala Primera de Revisión retoma parcialmente la posición adoptada en sede de control abstracto de constitucionalidad, al pronunciarse respecto de una demanda de tutela instaurada por un beneficiario del régimen de transición, tanto por edad como por tiempo de servicios cotizados, a quien Citi Colfondos AFP le negó su traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, bajo el argumento de que le faltaban menos de diez (10) años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

En esa oportunidad, sostuvo la Sala que solo los afiliados con 15 años de servicios cotizados a 1º de abril de 1994, pueden retornar en cualquier tiempo al régimen de prima media, con beneficio del régimen de transición, aun cuando voluntariamente hayan elegido el régimen de ahorro individual, debiendo trasladar a él todo el ahorro depositado en su cuenta individual. Sin embargo, señaló que ello debe realizarse "sin importar que dicho ahorro sea inferior al aporte legal correspondiente en el caso de que hubieran permanecido todo el tiempo en el régimen de prima media con prestación definida"[68]. En consecuencia, dispuso la protección de los derechos fundamentales invocados por el actor, ordenando su traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, prescindiendo del segundo de los presupuestos fijados para estos efectos.

A este respecto, cabe recordar que en la Sentencia C-789 de 2002, se fijó para los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios, la equivalencia del ahorro como uno de los requisitos para regresar al régimen de prima media con





13-001-33-33-007-2016-00267-01

prestación definida, manteniendo los derechos de transición, el cual exige que el monto del capital ahorrado por el afiliado en su cuenta individual no sea inferior al valor que habría tenido éste de haber permanecido en el régimen de prima media.

Así pues, conforme a la versión original del artículo 20 de la Ley 100/93, el monto de la cotización a pensión se distribuía por igual en ambos regímenes, así: 3.5% para pagar la pensión de invalidez, la pensión de sobrevivientes y los gastos de administración del sistema, incluida la prima del reaseguro con el fondo de garantías, y el porcentaje restante para pagar la pensión de vejez. Sin embargo, en virtud de la reforma introducida por el artículo 7º de la Ley 797 de 2003, que modificó dicha norma, el requisito de equivalencia del ahorro se tornó en imposible de cumplir, pues se varió la distribución del aporte en el régimen de ahorro individual. En efecto, de acuerdo con la nueva disposición, en el régimen de ahorro individual el 1.5% de la cotización va destinado al fondo de garantía de pensión mínima, mientras que en el régimen de prima media, ese mismo porcentaje se ocupa de financiar la pensión de vejez. Lo anterior, trae como consecuencia lógica que siempre sea mayor el porcentaje de cotización destinado a la pensión de vejez en el régimen de prima media que en el régimen de ahorro individual.

De acuerdo a lo dicho, las Sentencias T-818 de 2007 y T-449 de 2009, aun cuando difieren en relación con los sujetos habilitados para cambiarse de régimen, las dos coinciden en no tener en cuenta el requisito de equivalencia del ahorro para efectos de autorizar el traslado. Esto último, bajo el entendido de que "no se puede condicionar la realización del derecho a la libre escogencia de régimen pensional mediante elementos que hagan imposible su ejercicio" [69].

9.2.4.3. El problema surgido de la exigencia del requisito de la equivalencia del ahorro, para efectos de permitir el traslado de régimen en los casos autorizados, fue resuelto mediante la expedición del Decreto Reglamentario 3995 del 16 de octubre de 2008. Dicho decreto, aun cuando su objeto principal se dirigía a solucionar la problemática generalizada de multifiliación pensional, en sus artículos 7º y 12, se refirió al tema del requisito de equivalencia del ahorro, disponiendo que cuando se realice el traslado de recursos del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, se debe incluir el porcentaje aportado al fondo de garantía de pensión mínima (art. 7)[70], extendiendo además dicha prerrogativa a los beneficiarios del régimen de transición que solicitaran el traslado al régimen de prima media en los términos de los artículos 13 y 36 de la Ley 100/93, conforme fueron interpretados por la Corte en las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004 (art. 12)[71].

9.2.4.4. Este tema específico de la equivalencia del ahorro, como presupuesto necesario para hacer efectivo el traslado de régimen pensional, fue objeto de estudio por la Corte en la Sentencia SU-062 de 2010[72], en la que la corporación buscaba unificar su jurisprudencia en torno al ámbito de aplicación de tal requisito.

En el citado fallo de unificación, sostuvo la Corte que, con la nueva distribución del aporte establecida en el Decreto 3995 de 2008, esto es, que se incluya en el traslado de recursos el valor aportado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, se superó el obstáculo que impedía el cumplimiento de la exigencia de equivalencia del ahorro contenida en la Sentencia C-789 de 2002, siendo necesario ajustar la jurisprudencia constitucional a la normatividad vigente y reiterar lo expuesto en el aludido fallo. Para tal efecto, se pronunció en los siguientes términos:



13-001-33-33-007-2016-00267-01

"El artículo 7 soluciona el impedimento al que alude la sentencia T-818 de 2007 pues estipula que cuando se realice traslado de recursos del régimen de ahorro individual al régimen de prima media se debe incluir lo que la persona ha aportado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Recuérdese que la imposibilidad de satisfacer la exigencia de equivalencia del ahorro provenía, precisamente, de que en el régimen de ahorro individual el afiliado destina 1.5% de su cotización mensual al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, mientras que en el régimen de prima media ese 1.5% se dedica, junto con otro porcentaje del aporte mensual, a financiar la pensión de vejez; pero si al trasladarse de régimen al afiliado le devuelven lo que ha contribuido al mencionado fondo, la distribución del aporte contemplada en la ley 797 de 2003 ya no obstaculiza el cumplimiento de la exigencia impuesta en la sentencia C-789 de 2002 por la Sala Plena.

Por lo anterior, resulta imperativo ajustar la jurisprudencia constitucional a la normatividad vigente y reiterar lo indicado por esta corporación en las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004".

En concordancia con lo dicho, y aun cuando el punto no era la materia propia de decisión, la citada sentencia de unificación también retomó el tema referente a la posibilidad de retornar en "cualquier tiempo" al régimen de prima media con el fin de pensionarse de acuerdo con las normas anteriores a la Ley 100/93, destacando que tal retorno no opera para todos los sujetos del régimen de transición indistintamente, sino para una categoría de ellos, es decir, para quienes a 1º de abril de 1994 contaban con 15 años o más de servicios cotizados. Bajo este criterio, se acoge nuevamente lo expuesto en las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, en las que se interpretó el alcance de los artículos 13 y 36 de la Ley 100/93. En relación con este aspecto, el fallo afirmó:

"algunas de las personas amparadas por el régimen de transición pueden regresar, en cualquier tiempo, al régimen de prima media cuando previamente hayan elegido el régimen de ahorro individual o se hayan trasladado a él, con el fin de pensionarse de acuerdo a las normas anteriores a la ley 100 de 1993. Estas personas son las que cumplan los siguientes requisitos:

(i) Tener, a 1 de abril de 1994, 15 años de servicios cotizados.

(ii) Trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual

(iii) Que el ahorro hecho en el régimen de ahorro individual no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media".

Ahora bien, como quiera que para la Sala seguía existiendo la posibilidad de que no se concretara la equivalencia del ahorro, esta vez, no frente a las reglas sobre distribución del aporte contenidas en la modificada Ley 797 de 2003, sino por cuenta de la diferencia en la rentabilidad que producen los dos regímenes pensionales sobre los dineros aportados a cada uno de ellos, factor asociado a circunstancias aleatorias propias del mercado y al hecho de que la estructura del régimen de prima media se basa en un fondo común y en el régimen de ahorro individual en una cuenta personal,





13-001-33-33-007-2016-00267-01

la Corte precisó que por dicha circunstancia "no se puede negar el traspaso a los beneficiarios del régimen de transición del régimen de ahorro individual al régimen de prima media por el incumplimiento del requisito de la equivalencia del ahorro sin antes ofrecerles la posibilidad de que aporten, en un plazo razonable, el dinero correspondiente a la diferencia entre lo ahorrado en el régimen de ahorro individual y el monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media"[73].

En ese orden de ideas, según la Sentencia SU-062 de 2010, solo quienes tiene 15 años o más de servicios cotizados a 1º de abril de 1994, pueden trasladarse "en cualquier tiempo" del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, con el fin de hacer efectivos los beneficios del régimen de transición. Para tal efecto, deberán trasladar a éste todo el ahorro que hayan efectuado al régimen de ahorro individual, el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media. De no ser posible tal equivalencia, dentro de un plazo razonable, tienen la posibilidad de aportar el dinero que haga falta, equivalente a la diferencia entre lo ahorrado en el régimen de ahorro individual y el monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

9.2.4.5. Esta interpretación jurisprudencial, que acoge plenamente la tesis elaborada por vía de control abstracto, ha sido reiterada recientemente por distintas Salas de Revisión, en las Sentencias T-220 de 2010 -proferida por la Sala Segunda de Revisión-; T-324 de 2010 -proferida por la Sala Tercera de Revisión-; T-618 de 2010, T-933 de 2010 y T-1014 de 2010 -proferidas por la Sala Novena de Revisión-; T-037 de 2011 -proferida por la Sala Octava de Revisión-; T-060 de 2011-proferida por la Sala Quinta de Revisión-; T-064 de 2011-proferida por la Sala Segunda de Revisión-; T-295 de 2011 -proferida por la Sala Tercera de Revisión- y T-317 de 2011 -proferida por la Sala Quinta de Revisión-.

Así, por ejemplo, en la **Sentencia T-324 de 2010**[74] la Sala Novena de Revisión se pronunció en los siguientes términos,

"En este orden de ideas, siguiendo el derrotero anteriormente expuesto, podemos concluir que solo pueden trasladarse, en cualquier momento, del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, las personas que al 1º de abril de 1994, tenían 15 años de servicios cotizados, independientemente de si se tratan de hombres o de mujeres, y de la edad que tenían para esa fecha. Quiero ello decir que, corrigiendo lo que se dijo en la sentencia T-818 de 2007, la posibilidad de traslado pensional para los beneficiarios del régimen de transición, no admite únicamente el cumplimiento de la edad de 35 años en el caso de las mujeres y 40 años en el caso de los hombre; por ende, no se puede considerar la existencia de requisitos disyuntivos según los cuales, basta el cumplimiento de uno solo de ellos, específicamente el de edad, para poder devolverse al régimen pensional administrado por el Instituto de Seguros Sociales. Queda claro entonces que, el único requisito que se debe acreditar es el de tener 15 años de servicios cotizados al 1º de abril de 1994.

Sumado a lo anterior, quienes son acreedores del traslado pensional, deberán trasladar todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual con solidaridad, lo cual incluye el saldo en unidades de los aportes



13-001-33-33-007-2016-00267-01

efectuados a nombre del trabajador en la respectiva cuenta individual y en el fondo de garantía de pensión mínima del RAIS. Dicho ahorro no puede ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubiere permanecido bajo la administración del Seguro Social. Si llegare a ser inferior solamente por la diferencia de rentabilidad dada entre los fondos (común y privados), se le debe ofrecer al beneficiario la posibilidad de aportar, en un tiempo prudente, el dinero correspondiente a la diferencia entre lo ahorrado en el régimen de ahorro individual y el monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media".

Del mismo modo, en la **Sentencia T-317 de 2011**[75], la Sala Quinta de Revisión sostuvo lo siguiente:

"En conclusión, esta corporación ha sido enfática en señalar que la persona que cumplió con el requisito de haber cotizado 15 años o que prestó sus servicios al Estado durante un período igual con antelación al 1º de abril de 1994, tendrá derecho a recuperar el régimen de transición conforme a las leyes que precedieron a la Ley 100 de 1993, en cualquier tiempo; sin consideración a la edad que tuviera para la fecha en que entró a regir dicha normatividad.

De igual manera, pueden regresar al régimen de prima media aquellas personas que se trasladaron de régimen y que solo cumplían con el requisito de la edad, pero en este evento no se pensionarán conforme a la legislación que regía las prestaciones sociales con anterioridad a la ley 100 de 1993, sino que su pensión será reconocida bajo los lineamientos de la ley de seguridad social que empezó a regir el 1º de abril de 1994".

9.2.4.6. A pesar de que en la sentencia de unificación SU-062 de 2010, se retomó el criterio de interpretación del artículo 36 de la Ley 100/93, fijado por la Corte en las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, en el sentido de que solo quienes tenían 15 años de servicios cotizados a 1º de abril de 1994, conservaban los beneficios del régimen de transición no obstante haberse trasladado al régimen de ahorro individual, ello no significó que esa fuera la posición uniforme acogida hacia adelante por las distintas Salas de Revisión de esta corporación. En efecto, con posterioridad a la misma se han venido produciendo fallos de tutela con disparidad de criterios, en torno al tema de los traslados de régimen con el beneficio de transición, que impone la necesidad de unificar la jurisprudencia sobre la materia.

9.2.4.7. Como prueba de lo dicho, la Sala Sexta de Revisión, en la sentencia T-320 de 2010[76], reiterada recientemente en la Sentencia T-232 de 2011[77], mantuvo la tesis según la cual, indistintamente de que lo fueran por edad o por tiempo de servicios, todos "los beneficiarios del régimen de transición que se había trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, podían regresar al régimen de prima media con prestación definida, o sea, volver de las administradoras de fondos pensionales al Seguro Social, en cualquier tiempo antes de pensionarse, trasladando lo que tenían en el fondo del Seguro Social, independientemente de faltarles menos de 10 años para pensionarse"[78]. Puntualmente, la Sala, en la Sentencia T-232 de 2011 expresó:

"Con relación a la posibilidad de traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida, la Sala Sexta de Revisión



13-001-33-33-007-2016-00267-01

encuentra necesario reiterar la línea jurisprudencial de tutela de esta corporación, al tratar el tema de la no pérdida del beneficio de la transición para el traslado de personas que a 1º de abril de 1994 cumplían la edad (40 años hombres y 35 mujeres), pero no los 15 años de servicios cotizados, mientras otras providencias solo han abordado el tema como obiter dicta.

En este sentido, no se encuentra razón suficiente para que a personas que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 hayan cumplido con la edad y no con el tiempo de cotización, se les niegue la posibilidad de trasladarse de régimen sin perder el beneficio de la transición, en la medida en que el traslado deberá realizarse con todos los aportes y rendimientos, conforme a la sentencia C-789 de 2002 y al artículo 7º del Decreto 3995 de 2008".

9.2.4.8. Del anterior recuento jurisprudencial se concluye, entonces, que en relación con el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media de los beneficiarios del régimen de transición, son distintas las interpretaciones que han surgido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como pasa a explicarse:

- (i) inicialmente, a través de las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, se había establecido que solo quienes tienen 15 años de servicios cotizados a 1º de abril de 1994 no pierden los beneficios del régimen de transición por el hecho de trasladarse al régimen de ahorro individual y, por consiguiente, pueden retornar "en cualquier tiempo" al régimen de prima media para hacerlo efectivo, con la única condición de trasladar al ISS la totalidad del ahorro depositado en la cuenta individual, el cual no podrá ser inferior al valor que éste habría representado de haber sido aportado al régimen de prima media. Los demás afiliados, es decir, quienes cumplen el requisito de edad pero no el de tiempo de servicios cotizados, pueden trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años contados a partir de la selección inicial, siempre y cuando no les falte menos de diez (10) años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, sin que ello de lugar a recuperar el régimen de transición.
- (ii) posteriormente, mediante la Sentencia T-818 de 2007, la Sala Primera de Revisión sostuvo que la posibilidad de traslado en "cualquier tiempo" del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, no solo opera para quienes a 1º de abril de 1994 cumplían con el requisito de 15 años de servicios cotizados, sino también frente a quienes a la misma fecha contaban con la edad exigida (35 años mujeres y 40 años hombres), pues el acceso al régimen de transición es un derecho adquirido que se predica respecto de estas dos categorías de afiliados indistintamente.
- (iii) hasta el día de hoy, han venido surgiendo numerosos fallos de tutela proferidos por las distintas Salas de Revisión, algunos en los que se reitera la tesis sentada en sede de constitucionalidad y, otros, en los que se avala la posición adoptada por vía de tutela.
- (iv) finalmente, en medio de estas dos líneas de interpretación, la Sala Plena dictó la sentencia de unificación SU-062 de 2010, que resolvió el problema relacionado con la equivalencia del ahorro y, aunque no hace parte de la ratio de la decisión, en torno a ese propósito reiteró que solo quienes cuentan con 15 años de servicios cotizados a 1º de abril de 1994 pueden trasladarse en cualquier tiempo al régimen de prima media con el fin de pensionarse de acuerdo con el régimen de transición.





13-001-33-33-007-2016-00267-01

9.2.4.9. *Así las cosas, no existe una línea jurisprudencial uniforme y consolidada en torno a este tema, por lo que, bajo ese entendido, resulta necesario que la Sala Plena de la Corte Constitucional adopte una posición definitiva en relación con la posibilidad de traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida de los beneficiarios del régimen de transición, y sus correspondientes implicaciones. En ese orden de ideas, pasa la Corte a precisar el alcance de su jurisprudencia en esta materia específica y a resolver el problema jurídico planteado en todos los procesos."*

Así las cosas, la Sentencia SU- 130/2013 proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional, concluyó que las personas amparadas por el régimen de transición pueden regresar, en cualquier tiempo, al régimen de prima media cuando previamente hayan elegido el régimen de ahorro individual o se hayan trasladado a él, con el fin de pensionarse de acuerdo a las normas anteriores a la ley 100 de 1993; no obstante estas personas deben cumplir los siguientes requisitos:

(i) Tener, a 1 de abril de 1994, 15 años de servicios cotizados.

(ii) Trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual, sin importar que dicho ahorro sea inferior al aporte legal correspondiente en caso de que hubieran permanecido en el régimen de prima media.

(iii) Trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual, sin importar que dicho ahorro sea inferior al aporte legal correspondiente en caso de que hubieran permanecido en el régimen de prima media.

5. ARGUMENTACIÓN FÁCTICA-PROBATORIA

5.1 Hechos probados

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

5.1.1. Se encuentra acreditado dentro del expediente la señora IBETH DE LA OSSA SIERRA nació el 23 de julio de 1956, estuvo vinculada a la DIRECCIÓN SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE CARTAGENA desde el 26 de junio de 1982 hasta el 31 de diciembre de 2014 (Fl. 61, 72).

5.1.2. Que a la señora IBETH DE LA OSSA SIERRA, se le reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez mediante Resolución No. VPB





13-001-33-33-007-2016-00267-01

9596 del 13 de junio de 2014, expedida por la COLPENSIONES en aplicación de la Ley 797 de 2003 (Fl.63-66)

5.1.3. Mediante Resolución No. GNR 113881 del 22 de abril de 2015 COLPENSIONES re liquida y ordena el ingreso a nómina de la pensión de vitalicia de la vejez de la señora IBETH DE LA OSSA SIERRA (Fl. 67-68)

5.1.4. Se encuentra acreditado mediante certificación expedida por COLFONDOS de fecha 20 de diciembre de 2010, que la cuenta de la señora IBETH DE LA OSSA SIERRA con fines pensionales suscrita el 2 de febrero de 2001 se encuentra trasladada al INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, así mismo informa que la fecha de traslado se efectuó el 20 de diciembre de 2010. (Fl. 78)

5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

De acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto y el material probatorio arrimado al expediente, se tiene que la señora IBETH DE LA OSSA SIERRA nació el 23 de julio de 1956 (Fl. 61) y estuvo vinculada a la DIRECCIÓN SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE CARTAGENA desde el 26 de junio de 1982 hasta el 31 de diciembre de 2014 (Fl. 72), por lo que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, la actora tenía 38 años de edad, y aproximadamente 11 años de servicios, razón por la cual inicialmente es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; cumpliendo así con uno los presupuestos alternativos para beneficiarse del mismo; lo que significa que, para el reconocimiento de su pensión, se aplicarían las reglas establecidas en la Ley 33 de 1985; obteniendo para tal efecto su status pensional el 23 de julio de 2011.

De otro lado se encuentra acreditado mediante certificación expedida por COLFONDOS (Fl. 78) que la accionante se encontraba antes del 2 de febrero de 2001 en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no obstante a partir de esa fecha se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad hasta el 20 de diciembre de 2010, fecha en la cual retornó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (COLPENSIONES).

Como se explicó in extenso en párrafos anteriores en la sentencia de Unificación de la Sala Plena de la Corte Constitucional SU-130 de 2013, se estableció que las personas amparadas por el régimen de transición pueden regresar, en cualquier tiempo, al régimen de prima media cuando previamente hayan elegido el régimen de ahorro individual o se hayan





13-001-33-33-007-2016-00267-01

trasladado a él, con el fin de pensionarse de acuerdo a las normas anteriores a la ley 100 de 1993; siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos:

(i) Tener, a 1 de abril de 1994, 15 años de servicios cotizados.

(ii) Trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual, sin importar que dicho ahorro sea inferior al aporte legal correspondiente en caso de que hubieran permanecido en el régimen de prima media.

(iii) Trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual, sin importar que dicho ahorro sea inferior al aporte legal correspondiente en caso de que hubieran permanecido en el régimen de prima media.

Así las cosas, y como quiera que la accionante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 solo contaba con 11 años de servicio, no cumple con el primer requisito establecido por la Corte Constitucional para conservar los beneficios contemplados en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para las personas que se han trasladado de régimen pensional, toda vez que se encuentra inmersa en la exclusión legal prevista en la pluricitada ley consistente en que los beneficiarios por edad del régimen de transición, como es el caso de la actora, pierden dichos beneficios (i) cuando el afiliado inicialmente y de manera voluntaria decide acogerse 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, razón por la cual, para efectos de adquirir su derecho a la pensión de vejez, deberán necesariamente ajustarse a los parámetros establecidos en la Ley 100 de 1993.

Precisa la Sala que si bien el Consejo de Estado difiere de lo preceptuado por la Corte Constitucional como se ha observado en algunas de sus providencias, la Sala acoge y prohíja la tesis adoptada por la Corte Constitucional en el sentido de indicar que existe una clara diferencia entre las personas que son beneficiarias del régimen de transición que solo cumplen con el requisito de edad y quienes tenían 15 años o más de servicios cotizados a 1º de abril de 1994, habiendo cumplido con el 75% o más de tiempo de trabajo al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, toda vez que sino se les mantuvieran los beneficios del régimen de transición, terminarían perdiendo las condiciones favorables con las que aspiraban a pensionarse, por la circunstancia de



13-001-33-33-007-2016-00267-01

haberse trasladado de régimen pensional, a pesar de tener un nivel alto de contribución al sistema y estando muy cerca de cumplir su expectativa pensional.

Aunado a lo anterior, el acogimiento del criterio de la Corte Constitucional por esta Sala obedece también a que si bien la sentencia SU-130 de 2013 es de tutela, en ella incorpora la interpretación que sobre el tema le ha hecho la Corte en las sentencias C-789 de 2002 y 1024 de 2004, las cuales constituyen un precedente obligatorio.

En este sentido, se confirmará el fallo apelado de fecha veintinueve (29) de agosto de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a través del cual se negaron a las pretensiones de la demanda y en consecuencia.

6. Condena en Costas

En el presente caso procede la aplicación del artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, de acuerdo con el cual se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, habiendo sido resuelto desfavorablemente el recurso de apelación a la parte demandante en el presente asunto, se encuentra procedente la condena en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandada, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

En este caso, se tendrán en cuenta los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandante¹⁰.

En consecuencia, se condenará en costas a la parte demandante, las cuales deberán ser liquidadas por el juzgado de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

¹⁰ Acuerdo 1887 de 2003, artículo 3o.



FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia oral de fecha veintinueve (29) de agosto de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ejercido por la señora IBETH CATALINA DE LA OSSA SIERRA, conforme a las razones expuestas en la presente providencia,

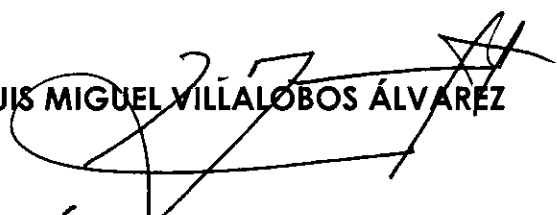
SEGUNDO: CONDENAR en costas en segunda instancia a la parte demandante, liquídense por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia, conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en dicha liquidación las agencias en derecho, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

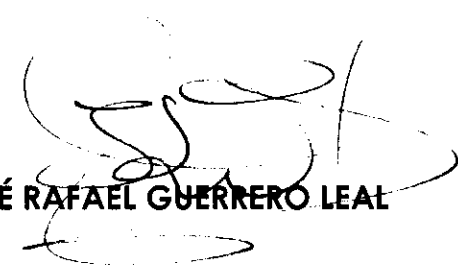
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL