



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "C"
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ORALIDAD

FECHA: 29-07-2021

NOTIFICACIÓN DE SENTENCIA POR ESTADO

RG.	Radicacion	Ponente	Demandante	Demandando	Clase	F.providencia
1	11001333501520190025601	AMPARO OVIEDO PINTO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES	JESUS AMOROCHO CARDOSO	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	21-07-2021

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN “C”

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: Dra. AMPARO OVIEDO PINTO

R E F E R E N C I A S:

Expediente:	11001-33-35-015-2019-00256-01
Demandante:	Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-
Demandado:	Jesús Amorocho Cardoso
Providencia:	Sentencia de segunda instancia Resuelve recurso de apelación Lesividad – Traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y retorno al Régimen de Prima Media

I.- ANTECEDENTES

1.-La demanda¹

La Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 de la ley 1437 de 2011, a través de apoderada, solicitó declarar la nulidad de las resoluciones GNR 206187 de 6 de junio de 2014 y GNR 42586 de 7 de febrero de 2017, mediante las cuales reliquidó la pensión de vejez del señor Jesús Amorocho Cardoso de conformidad con el decreto 758 de 1990, desconociendo que el pensionado no es beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se declare que el demandado no es beneficiario del régimen de transición y se le ordene: i) devolver en forma indexada lo reconocido y pagado de más en los actos acusados que aplicaron indebidamente el decreto 758 de 1990

¹ Folios 1 a 31

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

cuando correspondía aplicar la ley 797 de 2003, desde la fecha de inclusión en nómina de los actos hasta que se declare su nulidad; ii) devolver en forma indexada el retroactivo ordenado en los actos acusados; y iii) reconocer y pagar los intereses a que haya lugar.

Como **fundamentos fácticos**² señaló que el señor Jesús Amorocho Cardoso nació el 7 de febrero de 1953. A 1º de abril de 1994 acreditaba 729.56 semanas de cotización y a la fecha de presentación de la demanda alcanzaba 1.712 semanas.

El 1º de abril de 2002, el demandado presentó traslado del RAIS al RPM.

A través de resolución GNR 186669 de 18 de julio de 2013, COLPENSIONES le reconoció una pensión de vejez en cuantía de \$942.662, de conformidad con la ley 797 de 2003. Esta prestación ingresó a nómina en junio de 2014 y fue pagada en julio siguiente.

El 31 de octubre de 2013, el demandado radicó petición de reliquidación pensional.

Mediante resolución GNR 206187 de 6 de junio de 2014, se reliquidó la prestación de conformidad con el decreto 758 de 1990 en cuantía de \$975.439, girando un retroactivo de \$12.750. Estos montos ingresaron a nómina en junio de 2014 y fueron pagados en julio siguiente.

Por medio de resolución GNR 42586 de 7 de febrero de 2017 se reliquidó la prestación con fundamento en el decreto 758 de 1990 en cuantía de \$1.184.017, girando un retroactivo por valor de \$1.224 604. Estos montos ingresaron a nómina en febrero de 2017 y fueron pagados en marzo siguiente.

El 12 de junio de 2018 bajo el No. 2018_6728953, el demandante solicitó la reliquidación de su pensión de vejez. A través de resolución SUB 207126 de 3 de agosto de 2018 se negó la solicitud.

² Folios 10 y 11

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

Mediante oficio BZ 2018_9283060_9-2340844 de 3 de agosto de 2018, COLPENSIONES remitió comunicación al señor Jesús Amorocho Cardozo para que manifestara dentro del mes siguiente su autorización previa, expresa y por escrito para revocar la resolución GNR 42586 de 7 de febrero de 2017.

Mediante auto de pruebas APSUB 227 de 31 de enero de 2019, COLPENSIONES solicitó al demandado consentimiento para revocar las resoluciones GNR 206187 de 6 de junio de 2014 y GNR 42586 de 7 de febrero de 2017.

Como **fundamento de sus pretensiones**³ señaló que los actos acusados vulneran lo señalado en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, como quiera que, el demandado presentó novedad de traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) al régimen de prima media (RPM) el 1º de abril de 2002 y al no contar con más de 15 años de servicios al 1º de abril de 1994 perdió el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, según lo expuesto en las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004, SU-130 de 2013 y T-211 de 2016 de la Corte Constitucional, acogidas por el Consejo de Estado en sentencia de 1º de diciembre de 2016, expediente 2011-01336.

Es decir, solo pueden trasladarse régimen de ahorro individual al régimen de prima media, en cualquier tiempo, conservando los beneficios del régimen de transición, los afiliados con 15 años o más de servicios a 1º de abril de 1994.

En ese sentido, la pensión debe liquidarse con fundamento en la ley 797 de 2003 y no en el decreto 758 de 1990, lo cual genera una disminución de la mesada pensional de \$1.271.635 a \$1.230.199.

2.- Contestación de la demanda.⁴

El señor **Jesús Amorocho Cardoso**, a través de apoderada, contestó la demanda oportunamente. Tuvo como cierto que nació el 7 de febrero de 1953, se trasladó

³ Folios 11 a 28

⁴ Folios 76 a 78

del RAIS al RPM y a 1º de abril de 1994 había cotizado 729.56 semanas y en total 1.712.

A través de los actos acusados se otorgó un derecho de carácter irrenunciable que ingresó al patrimonio del demandado y, por tanto, tiene la connotación de adquirido.

El demandado siempre ha actuado de buena y de haber una irregularidad atañe a la conducta de la entidad demandante, más no puede endilgársele a aquel ni se encuentra llamado a asumir sus consecuencias.

Excepcionó caducidad.

3.- Decisión judicial objeto de impugnación.

El Juzgado Quince Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá en sentencia de 23 de septiembre de 2020, negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas.

Realizó un recuento normativo y jurisprudencial sobre el régimen de transición, el traslado de régimen pensional y la pérdida de la transición para luego referirse al caso concreto.

El demandado es beneficiario del régimen de transición por edad, puesto que a 1º de abril de 1994 contaba con más de 40 años y tan solo con 13 años, 8 meses y 4 días de servicios cotizados a COLPENSIONES. Entre enero de 1995 y octubre de 2003, es decir, por 8 años y 10 meses, realizó aportes al régimen de ahorro Individual y retornó a COLPENSIONES en noviembre de 2003.

En atención a la circular interna 08 de 2014 suscrita por la Vicepresidencia Jurídica y Doctrinal y la Vicepresidencia de Prestaciones y Beneficios de la demandante, quienes se trasladaron entre el 29 de enero de 2003 y el 28 de enero de 2004, periodo que corresponde al tiempo de gracia que otorgó la ley 797 de 2003 para la recuperación del régimen de transición, no requerían pagar el cálculo

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

de rentabilidad para recuperar el régimen de transición y podían acreditar ser beneficiarios de este, con el cumplimiento del requisito de edad o de los 15 años de servicios o su equivalente en semanas cotizadas a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, es decir, que si se da el traslado o regreso al régimen de prima media en el periodo referido, es tanto como si nunca se hubiera efectuado el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Así las cosas, al presentarse el traslado del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media en el mes de noviembre de 2003, como se establece de la historia laboral aportada por la entidad demandante, el demandado conserva el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y, por lo tanto, los actos demandados se encuentran ajustados a derecho.

4.- Recurso de apelación.

La **Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-** interpuso oportunamente recurso de apelación contra la decisión.

Quienes ostentan régimen de transición cuentan con beneficios para que su pensión sea reconocida con las exigencias de edad, tiempo de servicios y tasa de remplazo del régimen anterior a la ley 100 de 1993; no obstante, el IBL de la prestación pensional no es un aspecto de la transición y debe calcularse conforme esta ley y las disposiciones del decreto 1158 de 1994. De ahí que, la prestación del demandado no se deba reliquidar con fundamento en el decreto 758 de 1990, como se hizo, porque se encuentra marginado de los beneficios de la transición.

A 1º de abril de 1994, el pensionado acreditaba un total de 14 años y 1 mes de servicios equivalentes a 730 Semanas, en consecuencia, no cumplía con lo requerido en la circular 8 de 30 de abril de 2014, que exige 15 años de servicios a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, razón por la cual, no conserva el régimen de transición y no es procedente efectuar el reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en el decreto 758 de 1990, sino conforme a ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003.

5.- Alegatos de conclusión en segunda instancia.

La **Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-** alegó de conclusión oportunamente y reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

El señor **Jesús Amorocho Cardoso** guardó silencio.

El **agente del Ministerio Público** no conceptuó.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.-Problema Jurídico.

El *sub lite* se contrae a determinar si el señor **Jesús Amorocho Cardoso** conservó o no el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 al haberse trasladado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y retornar a aquel. Definido este aspecto, se determinará si las resoluciones GNR 206187 de 6 de junio de 2014 y GNR 42586 de 7 de febrero de 2017, mediante las cuales COLPENSIONES reliquidó la pensión de vejez del demandado se encuentran o no ajustadas a derecho. En caso negativo, si procede el reintegro de los dineros percibidos en exceso por el demandado, si es que existen.

2.- Análisis crítico de los medios de prueba

El señor Jesús Amorocho Cardoso nació el día 7 de febrero de 1953, es decir, que a 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigor de la ley 100 de 1993, tenía 41 años, 1 mes y 24 días de edad.

Establece el reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por COLPENSIONES el 15 de mayo de 2019, que el demandado realizó aportes a ese

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

fondo por 1.151, 14 semanas, desde el 1º de agosto de 1978 hasta el 31 de agosto de 2013, distribuidas así:

APORTANTE	PERIODO	SEMANAS COTIZADAS
CAESCA S.A.	1º de agosto de 1978 a 1º de marzo de 1979	30,43
Liderautos Ltda.	2 de febrero de 1980 a 30 de diciembre de 1981	99,71
ALMACAFÉ S.A.	22 de marzo a 21 de mayo de 1982	8,71
Thomas Greg & Sons Transportadora	16 de junio de 1982 a el 16 de noviembre de 1983	74,14
Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil.	1º de noviembre de 1994 a 31 de agosto de 2013	
TOTAL		212,99

Revisadas las semanas cotizadas señaladas con anterioridad se concluye que a 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, el demandante había cotizado 212.99 semanas, equivalentes a **4 años y 1 mes**. Obsérvese también que el reporte no consigna cotizaciones durante un poco más de una década, diciembre de 1983 a octubre de 1994.

Aunado a lo anterior, se evidencia la relación de pagos recibidos del Régimen de Ahorro Individual por traslado para el periodo comprendido entre enero de 1995 a octubre de 2003 en el que se consignaron como observaciones: “*Valor devuelto del Régimen de Ahorro Individual por pago al fondo*” y “*Pago recibido del Régimen de Ahorro Individual por traslado*”. A partir del periodo de cotización noviembre de 2003 (200311) hasta agosto de 2013 (201308), fecha de la última cotización, se realizaron aportes directamente a COLPENSIONES, pues se indica como observación “*Pago aplicado al periodo declarado*”. De ello se colige que el traslado al RAIS se hizo efectivo a partir de enero de 1995 y que ocurrió lo propio frente al RPM a partir de noviembre de 2003.

Es importante señalar que, en el escrito de oposición, el demandado no manifestó irregularidad, inconformidad o alguna situación particular sobre este traslado, razón por la cual se entiende voluntario, espontáneo, libre de todo apremio, comoquiera que no se alegó ni desvirtuó lo contrario.

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

De otro lado, se alegó al proceso el formato No 1 - certificado de información laboral expedido por la Aeronáutica Civil el 6 de febrero de 2013. En él se consigna que el demandado se vinculó a la entidad como Auxiliar IV el 16 de febrero de 1984, y a partir de esta fecha hasta el 30 de noviembre de 1994 realizó aportes a pensión a CAJANAL, es decir, que los aportes a esta caja de previsión suman **10 años, 9 meses y 14 días**; y, con anterioridad a 1º de abril de 1994 las cotizaciones fueron por **10 años, 1 mes y 15 días**.

Entonces, sumadas las cotizaciones reportadas por COLPENSIONES (4 años y 1 mes) y CAJANAL (10 años, 1 mes y 15 días), se tiene que a 1º de abril de 1994 el demandado cotizó por **14 años, 2 meses y 15 días**, hecho que no lo hace acreedor del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993 por tiempo de servicios, sino solo por edad, como se estableció con anterioridad.

Mediante resolución GNR 186669 de 18 de julio de 2013, COLPENSIONES le reconoció al señor Jesús Amorocho Cardoso la pensión de vejez. Para los efectos, tuvo en cuenta que acreditó 1.659 semanas cotizadas y 60 años de edad. Ordenó el reconocimiento y liquidación en aplicación de las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, y el decreto 1158 de 1994 en cuanto a edad, semanas cotizadas, tasa de reemplazo, IBL y factores salariales. En consecuencia, la liquidó con el 76.45% a partir del 1º de agosto de 2013, en cuantía de \$942.662.

A través de resolución GNR 206187 de 6 de junio de 2014, COLPENSIONES reliquidó la prestación pensional. Para los efectos, tuvo en cuenta 1.682 semanas cotizadas. Aplicó el artículo 36 de la ley 100 de 1993 para remitirse a las disposiciones del acuerdo 49 de 1990 y el decreto 758 de 1990 en cuanto a edad, tasa de reemplazo y tiempo de servicios; y aplicó el artículo 21 de la ley 100 de 1993 para calcular el IBL y el decreto 1158 de 1994 sobre factores salariales. En consecuencia, reliquidó la prestación con una tasa de reemplazo del 81% a partir del 1º de agosto de 2013, en cuantía de \$956,876. También ordenó el acto el reconocimiento y pago de un retroactivo por valor de \$12.750.

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

Por resolución GNR 42586 de 7 de febrero de 2017, COLPENSIONES reliquidó la pensión de vejez del demandando. Tuvo en cuenta 1.704 semanas cotizadas. Dentro de las consideraciones del acto señaló:

“(...) las personas que se trasladen al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad y posteriormente se devuelvan al ISS, no conservan el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

De conformidad con la Circular Interna 08 de 2014, suscrita por la Vicepresidencia Jurídica, el Régimen de Transición en caso de traslado al RAIS, se conserva:

De acuerdo al precedente judicial de las sentencias C-789 de 2002, C-754 de 2004, C-1024 de 2004, SU-062 de 2010, SU – 130 de 2013 y SU- 856 de 2013, Ley 797 de 2003, los decretos 3800 de 2003 y 3995 de 2008 y la Circular 06 de 2011 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, el cálculo de rentabilidad, se exige con base en las siguientes reglas:

(...) Para los afiliados que se trasladaron entre el 01 de abril de 1994 (nivel nacional), 30 de junio de 1995 (departamentos y municipios) y 01 de enero de 1996 (distrito), o a la fecha en que haya entrado en vigencia el sistema general de pensiones en el respectivo nivel territorial, y el 23 de septiembre de 2002 (un día antes de la fecha de la sentencia C - 789 de 2002) por principio de favorabilidad, SI procede la exigencia de cálculo de rentabilidad, para recuperar el régimen de transición y los 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (...)

*Que verificada el aplicativo de Historia laboral del asegurado a fecha 03 de febrero de 2016, se encuentra que el señor AMOROCHO CARDOSO JESUS, **presenta traslado el 06 de febrero de 2002**, razón por la cual, para conservar el régimen de transición requiere acreditar 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir al 1 de abril de 1994 y a su vez cálculo de rentabilidad.*

*Que mediante radicado interno 2017_1206306, la Gerencia Nacional de Ingresos y Egresos de COLPENSIONES, informa que el peticionario **SI CUMPLE, el cálculo de rentabilidad y revisada la historia laboral cuenta con más de 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo tanto, recupera el régimen de transición.**” (Negrilla y subrayo de la Sala).*

Se extrae del acto que la entidad inicialmente consideró que el demandado había perdido el régimen de transición al trasladarse al RAIS y posteriormente retornar al RPM; no obstante, después concluyó que, al haber retornado el 6 de febrero de 2002, con anterioridad a la sentencia C-789 de 2002, conservaba el régimen porque acreditó el cálculo de rentabilidad y 15 años de servicio anteriores al 1º de

abril de 1994 (este último hecho se encuentra desvirtuado como se señaló en precedencia).

En atención a lo anterior, la entidad consideró que era procedente la reliquidación pensional en los términos del decreto 758 de 1990 en cuanto a edad, tasa de reemplazo y tiempo de servicios. Por tanto, reliquidó la prestación con una tasa de reemplazo del 81% a partir del 1º de enero de 2014, en cuantía de \$992.368. También ordenó el acto el reconocimiento y pago de un retroactivo por valor de \$1.224.604.

Mediante resolución APSUB 227 de 31 de enero de 2019, COLPENSIONES resolvió solicitar al señor Jesús Amorocho Cardoso la autorización expresa para revocar las resoluciones GNR 206187 de 6 de junio de 2014 y GNR 42586 de 7 de febrero de 2017, al considerar que reliquidó de forma errónea su pensión de vejez porque aplicó régimen de transición sin tener en cuenta que lo había perdido cuando retornó al RPM ya que no contaba con 15 años de servicio a 1º de abril de 1994.

3. Fundamentos jurídicos de la decisión

3.1. - La aplicación del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993 a quienes presentan traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y retornan al régimen de prima media con prestación definida (RPM).

La ley 100 de 1993,⁵ al establecer el sistema integral de seguridad social en pensiones, dispuso en el artículo 36 un régimen de transición en favor de quienes se encontraban vinculados al sistema pensional anterior. En el inciso 2º de dicho artículo, determinó que los beneficiarios serían quienes al momento de entrar en vigencia la ley cumplieran alguno de los siguientes requisitos: **i)** 35 o más años de edad si son mujeres; **ii)** 40 o más años de edad si son hombres; o **iii)** 15 o más años de servicios cotizados.

⁵ "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones".

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

Según el texto de la norma, para las personas cobijadas por el régimen de transición, 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, serían determinados conforme lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

Según el inciso 4º del artículo 36, el régimen de transición no es aplicable *“para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen general tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres **o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, 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”***.

Por su parte, el inciso 5º *ibídem*, estableció que tampoco sería aplicable a quienes *“habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida”*.

El artículo 13 de la ley 100 de 1993 habilitó expresamente la posibilidad de que *“Los afiliados al sistema general de pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el Gobierno Nacional”*.

Y la reiteró el artículo 3º⁶ del decreto 692 de 1994 *“Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 100 de 1993”*. Y el artículo 11 del mismo decreto dispuso que *“La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.”*

⁶ **Artículo 3o. Selección de Régimen pensional.** A partir del 1º de abril de 1994, los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la ley 100 de 1993, podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen. En consecuencia, deberán seleccionar uno de los siguientes regímenes:

a) Régimen solidario de prima media con prestación definida;

b) Régimen de ahorro individual con solidaridad.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la ley 100 de 1993, ninguna persona podrá estar simultáneamente afiliado a los dos regímenes del Sistema.

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

Entonces, el legislador no estableció un término para realizar la selección inicial de régimen pensional una vez entró en vigencia la ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994- como tampoco obligó a permanecer vitaliciamente en el régimen escogido, lo que tiene sentido en atención al derecho que le asiste al afiliado sobre la libre escogencia de régimen. Solo restringió esa libertad para garantizar los derechos de los pensionados y la estabilidad administrativa y financiera del sistema, definiendo un tiempo mínimo de permanencia en cada traslado. A la luz de la ley 100 de 1993, los traslados posteriores a la selección inicial de régimen pensional solo podían ocurrir cada tres años y de cara a la ley 797 de 2003, que la modificó, esta permanencia obligatoria aumentó a cinco años (art. 2º).

La Corte Constitucional en **sentencia C-789 de 2002**,⁷ ordinal 1º, declaró exequibles condicionalmente los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la ley 100 de 1993, en el entendido de que tales disposiciones “*no se aplican a quienes habían cumplido quince (15) años o más de servicios cotizados, al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones de la Ley 100 de 1993*”, para quienes se debía calcular el monto de la pensión conforme al sistema al que venían afiliados antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993.

De igual manera, el ordinal 2º de la parte resolutive de la sentencia C-789 de 2002, resolvió declarar la exequibilidad del inciso 5º del artículo 36 de la ley 100 de 1993, en el entendido de 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)*”

⁷ Sentencia de 24 de septiembre de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Manifestó la Corte en esa oportunidad:

“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 le calcule su pensión conforme al régimen de prima media, pues estos dos regímenes son excluyentes. Como es lógico, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona.

Adicionalmente, resulta indispensable armonizar el interés en proteger la expectativa legítima de las personas que habían cumplido quince años o más cuando entró en vigencia el sistema, con el interés en que el régimen de prima media tenga los recursos suficientes para garantizar su viabilidad financiera. También resultaría contrario al principio de proporcionalidad, que quienes se trasladaron de este régimen al de ahorro individual, y después lo hicieron nuevamente al de prima media, reciban su pensión en las condiciones del régimen anterior, sin consideración del monto que hubieran cotizado.

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

a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y

b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieran permanecido en el régimen de prima media.

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

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

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.” (Subrayo fuera de texto)

La Corte dejó claro que las disposiciones contenidas en los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la ley 100 de 1993, son aplicables únicamente a quienes a la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social tenían 35 años o más de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, puesto que el texto normativo allí plasmado no se refirió al grupo de personas que a la misma fecha tenían 15 o más años de servicios cotizados, puesto que ellos habían cumplido con el 75% o más del tiempo de servicio requerido para la pensión, de manera que es una circunstancia acorde con el principio de proporcionalidad.

Posteriormente, el artículo 2º de la ley 797 de 2003 modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993 y estableció en el literal e), que una vez efectuada la selección inicial del régimen pensional que se prefiera, sólo podría trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial, y que *“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”*⁸.

La Corte Constitucional en la **sentencia C-1024 de 2004**, decidió declarar exequible el aparte referido en precedencia, exclusivamente por el cargo analizado

⁸ Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1024-04 de 20 de octubre de 2004, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil. Dijo la Corte:

“Sin embargo, esta Corporación en Sentencia C-789 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), precisó que aquellas personas que 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, cuando previamente se hubiesen trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, tienen el derecho de regresar -en cualquier tiempo- al régimen de prima media con prestación definida, con el propósito de preservar la intangibilidad de su derecho a pensionarse conforme al régimen de transición.

(...)

De suerte que, a juicio de esta Corporación, siendo el derecho al régimen de transición un derecho adquirido, no puede desconocerse la potestad reconocida a las personas previstas en las hipótesis normativas de los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de retornar en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida y, por lo mismo, hacer efectivo su derecho pensional con fundamento en las disposiciones que le resulten más benéficas, conforme lo expuso esta Corporación en Sentencia C-789 de 2002”

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

en esa oportunidad, bajo el entendido de 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.”*.

En esta oportunidad, la Corte concluyó que la modificación que introdujo el artículo 2º de la ley 797 de 2003 en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 era ajustada a la Constitución, al ser una herramienta que conduce a la *“obtención de un beneficio directo a 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”*.

Al mismo tiempo, consideró que se debía excluir de su aplicación a quienes cumplieron 15 o más años de servicio a la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social, porque ellos tenían el derecho adquirido a la aplicación del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

El decreto 3800 de 2003, por el cual se reglamenta el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993,⁹ en su artículo 3º consagró que en el evento en que una persona que a 1º de abril de 1994 tuviera 15 o más años de servicios prestados o semanas cotizadas y hubiere seleccionado el RAIS y decida retornar al RPM, le será aplicable el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos:

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

b) Dicho saldo no sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez, correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el Régimen

⁹ Modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

de Prima Media, incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en este último.

(...)

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

No obstante lo anterior, el Consejo de Estado¹⁰ declaró la nulidad de las expresiones "cumplan con los siguientes requisitos:", "a)" y "b) Dicho saldo no sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez, correspondiente en caso que hubieren permanecido en el Régimen de Prima Media, incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en éste último", así como del inciso final que dispone que "Para efectos de establecer el monto del ahorro de que trata el literal b) anterior no se tendrá en cuenta el valor del bono pensional”.

Argumentó la H. Corporación que el ejecutivo desbordó la potestad reglamentaria del artículo 189 numeral 11 de la Carta, toda vez que, la norma reglamentada y el decreto no están referidos al mismo tema, y el decreto reglamentario no se ciñe en un todo a la materia regulada, como tampoco el artículo reglamentado ni la jurisprudencia constitucional, que hace tránsito a cosa juzgada, se refieren a la equivalencia entre el saldo y los rendimientos entre ambos regímenes pensionales para que pueda proceder legalmente el regreso al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de aquellos afiliados señalados en el decreto.

A raíz de la modificación introducida por el artículo 7º de la ley 797 al artículo 20 de la ley 100 de 1993,¹¹ sobre la distribución del aporte para pensión en el régimen

¹⁰ Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, sentencia del seis (6) de abril de dos mil once (2011). Radicación número: 11001-03-25-000-2007-00054-00(1095-07) Actor: Enrique Guarín Álvarez Y Otro Demandado: GOBIERNO NACIONAL.

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

a) Que el afiliado tenga a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, esto es, al 1º de abril de 1994, o a la fecha en que haya entrado en vigencia en el respectivo nivel territorial, quince (15) años de servicios cotizados para la pensión de vejez, equivalentes a setecientos cincuenta (750) semanas.

b) Que traslade al Instituto de Seguros Sociales todos los aportes para pensión que haya acumulado en su cuenta de ahorro individual.

c) Que el ahorro efectuado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (aportes voluntarios y obligatorios), incluidos sus rendimientos y el valor correspondiente del Fondo de Garantía de Pensión Mínima del referido régimen, según lo previsto en el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 no resulte inferior al monto total que habría obtenido en caso de que hubiere permanecido todo el tiempo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.”

¹¹ - Texto original artículo 20 de la Ley 100 de 1993:

"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, la tasa será, tanto en el ISS como en los fondos de pensiones, del 3.5%.”.

- Texto modificación artículo 7 Ley 797 de 2003:

" En el régimen de prima media con prestación definida el 10.5% del ingreso base de cotización se destinará a financiar la pensión de vejez y la constitución de reservas para tal efecto. El 3% restante sobre el ingreso base de cotización se destinará a financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes.

En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad...

de ahorro individual, en la práctica se hizo imposible cumplir con el requisito de la equivalencia del ahorro impuesto en la sentencia C-789 de 2002, toda vez que, a partir de dicha norma, el porcentaje destinado para financiar la pensión de vejez en el régimen de prima media es mayor que en el de ahorro individual con solidaridad, puesto que en el último se destina un 1.5% de la cotización para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, lo cual no ocurre en el de prima media.

Este problema jurídico fue someramente estudiado por la Corte Constitucional en la sentencia T-818 de 2007,¹² argumentando que la exigencia de condiciones imposibles para ejercer el derecho de las personas que pueden cambiar de régimen aun faltándoles menos de diez años para obtener el derecho de pensión, es a todas luces inconstitucional, y que no se puede condicionar la realización del derecho a la libre escogencia de régimen pensional mediante elementos que hagan imposible su ejercicio, por lo cual, ordenó a la AFP efectuar el traslado del actor, por el hecho de estar dentro del régimen de transición, sin el cumplimiento de la equivalencia del ahorro establecido en la sentencia C-789 de 2002.

Posteriormente, el decreto 3995 de 2008 en su artículo 7º dispuso que *“Para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS.”*, mientras que en el artículo 12 estableció que *“las personas vinculadas al RAIS a las que les falten menos de 10 años para cumplir la edad para la pensión de vejez del Régimen de Prima Medía, podrán trasladarse a este únicamente si teniendo en cuenta lo establecido por las Sentencias C-789 de 2002 y la C-1024 de 2004, recuperan el régimen de transición”*; para lo cual, la AFP a la cual se encuentre vinculado el afiliado que presenta la solicitud de traslado, *“deberá remitir toda la información necesaria para que el ISS realice el cálculo respectivo conforme a lo señalado en el artículo 7º del presente decreto”*.

(...)

A partir del 1o. de enero del año 2004 la cotización se incrementará en un uno por ciento (1%) sobre el ingreso base de cotización.

(...)

El incremento de la cotización se destinará en el régimen de prima media al pago de pensiones y a la capitalización de reservas pensionales.

En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el incremento que se realice en el año 2004 se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del régimen de ahorro individual.”.

¹² Referencia: expediente T-1635513. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araújo Rentería.

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

Lo anterior significa que, en todos los casos en que un afiliado solicita el traslado del régimen de ahorro individual al de prima media, el 1.5% de la cotización para pensión que en el RAIS se destina para el Fondo de Pensión Mínima, debe ser incluido en el monto que se traslada al régimen de prima media, subsanándose de esta manera la diferencia que dicho porcentaje causaba en la equivalencia del ahorro al trasladarse de régimen.

Con base en lo anterior, la Corte Constitucional en **sentencia SU-062 de 2010**¹³, ajustó la jurisprudencia constitucional a la normatividad vigente y reiteró los planteamientos de las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, cuando manifestó que “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 de que hubieren permanecido en el régimen de prima media.” (Subraya y negrilla fuera de texto)**

Del mismo modo, en la providencia de unificación citada, se advirtió que *“es factible que la imposibilidad de satisfacer la exigencia de la equivalencia del ahorro no provenga, hoy en día, de las reglas sobre la distribución del aporte contenidas en la ley 797 de 2003, sino que se derive de la diferencia en la rentabilidad que producen los dos regímenes pensionales sobre los dineros aportados”*, aspecto al cual dio solución acudiendo a los argumentos de la sentencia C-030 de 2009 y concluyó que *“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*

¹³ Referencia: expediente T-2021850. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.”

Así las cosas, en una interpretación armónica de las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004 y SU 062 de 2010 de la Corte Constitucional; y, 1095-07 de abril 6 de 2011 del Consejo de Estado; junto con los decretos 3800 de 2003 y 3995 de 2008, a la fecha actual, se tiene que un grupo de personas que se afiliaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, o que se trasladaron a éste, pueden regresar al régimen de prima media con prestación definida, en cualquier tiempo, conservando los beneficios del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, para pensionarse con el cumplimiento de los requisitos exigidos en las normas anteriores al SGSS, siempre y cuando cumplan los siguientes requisitos:

1. **Tener 15 o más años de servicios o semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).**
2. Trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual.
3. Que el ahorro hecho en el régimen de ahorro individual no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima media, y en caso de que sea inferior, pagar el valor correspondiente a la diferencia negativa que se presente.

Esta posición fue reiterada por la Corte Constitucional en sentencia de **unificación SU – 130 de 2013**, en la que, entre otros aspectos, señaló:

*“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.*

“(…)”

10. Unificación de la jurisprudencia constitucional en relación con el 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 implicaciones

10.1. Como ya se mencionó, el nuevo modelo de seguridad social en pensiones creado con la Ley 100 de 1993, previó un régimen de transición, en virtud del cual se estableció un mecanismo de protección de las expectativas legítimas que en materia pensional tenían todos aquellos afiliados al régimen de prima media, que al momento de entrar en vigencia el SGP estaban próximos a adquirir su derecho a la pensión de vejez. Dicho régimen de transición, apunta a que la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión de vejez será la establecida en el régimen anterior, para aquellos afiliados que a **1° de abril de 1994** cumplan por lo menos con uno de los siguientes requisitos:

- Mujeres con treinta y cinco (35) o más años de edad
- Hombres con cuarenta (40) o más años de edad
- Hombres y mujeres que independientemente de la edad tengan quince (15) años o más de servicios cotizados.

Así pues, las personas que se encuentren en cualquiera de las tres categorías anteriormente enunciadas, son beneficiarias del régimen de transición, lo cual implica que, en principio, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, no se les aplicará lo dispuesto en la Ley 100/93, sino las normas correspondientes al régimen anterior al cual se encontraban afiliadas.

10.2. No obstante, el régimen de transición así concebido no resulta una prerrogativa absoluta de quienes hacen parte de los tres grupos de trabajadores a los que se ha hecho expresa referencia, pues según lo dispuesto en los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la citada ley, en las dos primeras categorías, esto es, **los beneficiarios por edad, el régimen de transición se pierde (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.**

10.3. Así las cosas, los sujetos del régimen de transición, tanto por edad como por tiempo de servicios cotizados, pueden elegir libremente el régimen pensional al cual desean afiliarse, pero **la elección del régimen de ahorro individual o el traslado que hagan al mismo, trae como consecuencia ineludible, para el caso de quienes cumplen el requisito de edad, la pérdida de los beneficios del régimen de transición. En este caso, para efectos de adquirir su derecho a la pensión de vejez, deberán necesariamente ajustarse a los parámetros establecidos en la Ley 100/93.**

10.4. Según quedó explicado, la Corte, al resolver una demanda de inconstitucionalidad presentada contra los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la citada ley, en la Sentencia C-789 de 2002, declaró exequibles dichas disposiciones, al constatar **que la exclusión de los beneficios del régimen de transición, únicamente para las personas que cumpliendo el requisito de edad se acogieron al régimen de ahorro individual o se trasladaron a él, no vulnera la Constitución Política**, en la medida en que existe una clara diferencia entre dichos sujetos y quienes tenían 15 años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, lo cual justifica y hace razonable un trato diferencial.

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

En efecto, para la Corte resultaba contrario al principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que los afiliados que habiendo cumplido con el 75% o más de tiempo de trabajo al momento de entrar en vigencia la Ley 100/93, terminaran perdiendo las condiciones favorables con las que aspiraban a pensionarse, por la circunstancia de 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.

Así mismo, desconocía dicho principio y atentaba contra el equilibrio financiero del sistema pensional, que los beneficiarios del régimen de transición por edad, que no habían efectuado cotizaciones o cuyos aportes eran sustancialmente bajos, habiendo decidido acogerse al régimen de ahorro individual, terminaran beneficiándose de los dineros aportados por los trabajadores con un alto nivel de fidelidad al sistema, equivalentes a 15 años o más de servicios cotizados.

De acuerdo con tales premisas, encontró justificado la Corte que el legislador, a través de los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100/93, solo haya decidido excluir 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.

Bajo esa orientación, en la Sentencia C-789 de 2002, se declaró exequibilidad condicionada de los incisos 4° y 5° de la Ley 100/93, en cuanto se entienda que **su contenido no aplica para las personas que tenían 15 años o más de servicios cotizados para la fecha en que entró en vigencia en SGP. Es decir, que únicamente esta categoría de trabajadores no pierde el régimen de transición por el hecho de trasladarse al régimen de ahorro individual, pudiendo hacerlo efectivo una vez retornen al régimen de prima media con prestación definida.** Para tal efecto, se fijaron dos importantes condiciones, a saber: (i) que al regresar nuevamente al régimen de prima media se traslade a él todo el ahorro efectuado en el régimen de ahorro individual y (ii) que dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

10.5. En cuanto a la oportunidad para realizar el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, a partir de la Sentencia C-1024 de 2004, se entendió que la prohibición contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, en el sentido que no podrán trasladarse quienes les falte 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, quienes podrán hacerlo "en cualquier tiempo", conforme a los términos señalados en la Sentencia C-789 de 2002. La referencia hecha a este último fallo, por parte de la Sentencia C-1024 de 2004, no significa cosa distinta a que **solo quienes cumplen con el requisito de tiempo de servicios cotizados (15 años o más) pueden retornar sin límite temporal alguno al régimen de prima media, pues son los únicos afiliados que no pierden el derecho al régimen de transición por efecto del traslado.**

10.6. No sucede lo mismo, en cambio, con quienes son beneficiarios del régimen de transición por edad, pues como quiera que el traslado genera en esta categoría de afiliados la pérdida automática del régimen de transición, en el evento de querer retornar nuevamente al régimen de prima media, por considerar que les resulta más favorable a sus expectativas de pensión, no podrán hacerlo si les faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, dada la exequibilidad condicionada del artículo 13 de la Ley 100/93, declarada en la Sentencia C-1024 de 2004.

10.7. Así las cosas, más allá de la tesis jurisprudencial adoptada en algunas decisiones de tutela, que consideran la posibilidad de trasladado “en cualquier tiempo”, del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, con beneficio del régimen de transición para todos los beneficiarios de régimen, por edad y por tiempo de servicios, **la Corte se aparta de dichos pronunciamientos y se reafirma en el alcance fijado en las sentencias de constitucionalidad, en el sentido de que solo pueden trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, en cualquier tiempo, conservando los beneficios del régimen de transición, los afiliados con 15 años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994.**

10.8. Ello, por cuanto, se reitera, las normas que consagran el régimen de transición, así como la pérdida del mismo, y la posibilidad de traslado entre regímenes pensionales con sus correspondientes restricciones, fueron objeto de control constitucional por parte de esta corporación, a través de las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, analizadas con detalle en el acápite precedente, que definieron su verdadero sentido y alcance, considerándolas acordes con la Constitución, y al tratarse de decisiones con efectos de cosa juzgada, adquieren un carácter definitivo, incontrovertible e inmutable, de tal manera que sobre ellas no cabe discusión alguna.

10.9. Como ya se indicó, en el primero de dichos fallos, **la Corte avaló el mandato legal que excluye del régimen de transición a los beneficiarios por edad que se acogieran al régimen de ahorro individual o se trasladaran a él**, entendiendo que de ningún modo tal restricción resultaría aplicable para quienes cumplen con el requisito de tiempo de servicios cotizados, pues no se aviene al principio de proporcionalidad que quienes han contribuido con el 75% o más de cotizaciones al sistema, terminen perdiendo las condiciones en las que inicialmente aspiraban a recibir su pensión. En el segundo pronunciamiento, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de la prohibición de traslado de régimen cuando al afiliado le falten diez años o menos para cumplir la edad de pensión, bajo el entendido que tal prohibición no aplica para los sujetos del régimen de transición beneficiarios por tiempo de servicios, quienes podrá regresar al régimen de prima media con prestación definida “en cualquier tiempo”, con los beneficios del régimen de transición.

10.10. Bajo ese contexto, y **con el propósito de aclarar y unificar la jurisprudencia Constitucional en torno a este tema, la Sala Plena de la Corte Constitucional concluye que únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el SGP, pueden trasladarse “en cualquier tiempo” del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición.** Para tal efecto, deberán trasladar a él la totalidad del ahorro depositado en la respectiva cuenta individual, el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima media. De no ser posible tal equivalencia, conforme quedó definido en la Sentencia C-062 de 2010, el afiliado tiene la opción de aportar el dinero que haga falta para cumplir con dicha exigencia, lo cual debe hacer dentro de un plazo razonable.

10.11. **En el caso de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, tuvieren treinta y cinco (35) años o más si son mujeres, o cuarenta (40) años o más si son hombres, éstas pueden trasladarse de régimen 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**

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

la edad para tener derecho a la pensión de vejez, evento en el cual no podrán ya trasladarse. En todo caso, de ser viable dicho traslado o haberse efectuado el mismo al momento de proferirse la presente providencia, ello no da lugar, bajo ninguna circunstancia, a recuperar el régimen de transición.

“(…)”

10.13. Así las cosas, con el fin de reconocerle efectos vinculantes a la presente decisión, en la parte resolutive de este fallo, se incluirá el criterio de unificación adoptado en torno al tema del traslado de regímenes pensionales, en el sentido de que únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, pueden trasladarse “en cualquier tiempo” del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición.”

(Subrayas y negrillas fuera de texto)

Tal y como se ha transcrito en extenso, dada su importancia jurídica, se encuentra que la Corte Constitucional finalmente unificó su jurisprudencia, y que, a la fecha, puede decirse, que de ella resaltan dos conclusiones indispensables para el análisis de cada caso concreto, en orden a determinar si una persona conserva o no el régimen de transición:

1. Las personas beneficiarias del régimen de transición por tiempo de servicios (15 años a 1° de abril de 1994) conservan los beneficios de ese régimen y pueden trasladarse en cualquier tiempo del RAIS al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en virtud del principio de proporcionalidad y en atención al derecho al trabajo, pues no sería ajustado a derecho que las personas que ya hubiesen alcanzado el 75% o más del tiempo de servicios cotizados y hubiesen realizado numerosas contribuciones al sistema, perdieran a razón del traslado las condiciones favorables con que aspiraban pensionarse.
2. Para las demás personas beneficiarias del régimen de transición, por edad, aquellas lo conservarán si habiendo elegido el régimen de prima media con prestación definida, se mantienen en dicho régimen una vez expedida la ley 100 de 1993; o si ocurrió un traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad que no era jurídicamente viable o voluntario. Circunstancias que en cada caso se analizarán.

3. Las personas que, siendo beneficiarias del régimen de transición por edad, lo perderán si eligieron voluntariamente su traslado al RAIS con posterioridad a la expedición de la ley 100 de 1993.

4.- Conclusiones en el caso concreto

De los hechos demostrados dentro del plenario, se conoce que el señor Jesús Amorocho Cardoso era beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1994, en razón a la edad, toda vez que al 1º de abril de 1994 acreditó 41 años, 1 mes y 24 días de edad. Este hecho no se discute. Sin embargo, no tenía 15 años de servicios a la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, contaba con 14 años, 2 meses y 15 días.

Conforme a lo visto en el expediente, con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 el demandado se trasladó al RAIS, traslado que se hizo efectivo en enero de 1995, a partir de esta fecha realizó cotizaciones a ese régimen. Frente a dicho traslado no se alega ni se probó que haya ocurrido por fuera de su voluntad, por error u otro que rompa la regla de traslado viable legalmente, en los términos de la jurisprudencia analizada. Retornó al RPM en noviembre de 2003, de acuerdo con el reporte de semanas cotizadas emitido por COLPENSIONES que evidencian la relación de pagos recibidos por este fondo provenientes del Régimen de Ahorro Individual por traslado para el periodo comprendido entre enero de 1995 a octubre de 2003.

Cierto es que el demandado podía trasladarse de régimen pensional para recuperar el régimen de prima media con prestación definida en atención al derecho que le asiste de libre escogencia de régimen, empero, con la selección inicial que hizo del RAIS una vez entró en vigencia la ley 100 de 1993 perdió los beneficios del régimen de transición según se desprende de la interpretación de los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la ley 100 de 1993, que disponen que quienes sean beneficiarios del régimen de transición por la edad, como es el caso del demandado, y decidan acogerse **voluntariamente** al régimen de ahorro individual

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

con solidaridad, pierden los beneficios de la transición y se sujetarán a todas las condiciones previstas para el RAIS.

La Corte Constitucional estudió estos incisos y en sentencia C-789 de 2002 dejó claro que las disposiciones contenidas en ellos, son aplicables únicamente a quienes a la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social tenían 35 años o más de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, puesto que el texto normativo allí plasmado no se refirió al grupo de personas que a la misma fecha tenían 15 o más años de servicios cotizados, puesto que ellos habían cumplido con el 75% o más del tiempo de servicio requerido para la pensión, de manera que es una circunstancia acorde con el principio de proporcionalidad.

De modo que, cuando el demandado retornó al RPM en noviembre de 2003 recobró el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, más no el régimen de transición. Tanto es así, que su pensión de vejez le fue reconocida y liquidada mediante resolución GNR 186669 de 18 de julio de 2013 en aplicación de las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, y el decreto 1158 de 1994 en cuanto a edad (60 años), semanas cotizadas (1.659), tasa de reemplazo (76.45%) IBL (promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión – art. 21, ley 100/93) y factores salariales (art. 1, Dto. 1158 de 1994). Este acto goza de presunción de legalidad y no es objeto de controversia dentro del presente asunto.

Entonces, bajo la directriz unificada del máximo órgano constitucional y los hechos demostrados se puede establecer que el demandado perdió el régimen de transición.

Pese a lo anterior, mediante resolución GNR 206187 de 6 de junio de 2014 -acto acusado-, COLPENSIONES reliquidó la prestación pensional bajo las disposiciones del régimen de transición (acuerdo 49 de 1990 y decreto 758 de 1990), aplicando una tasa de reemplazo del 81% a partir del 1º de agosto de 2013,

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

en cuantía de \$956,876; y, ordenó el reconocimiento y pago de un retroactivo por valor de \$12.750.

Posteriormente, a través de resolución GNR 42586 de 7 de febrero de 2017, reliquidó por segunda vez la pensión con fundamento en el decreto 758 de 1990. Mantuvo la tasa de reemplazo del 81%, aumentó la cuantía a \$992.368, a partir del 1º de enero de 2014; y, ordenó el reconocimiento y pago de un retroactivo por valor de \$1.224.604.

Es decir, a través de los actos controvertidos, COLPENSIONES otorgó al demandado los beneficios del régimen de transición que había perdido.

Así las cosas, estos actos resultan contrarios a derecho porque reliquidaron la pensión con fundamento en el régimen anterior a la ley 100 de 1993, en especial el artículo 20 del decreto 758 de 1990, siendo que, tanto el reconocimiento pensional como la liquidación deben estar sometidos a las disposiciones de las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 y el decreto 1158 de 1994. En este orden de ideas, claro es que alcanzan prosperidad las pretensiones de nulidad, pero Colpensiones debe garantizar el pago de la pensión sin solución de continuidad, de acuerdo a los parámetros de la ley 100 de 1993.

Siendo la normatividad y la jurisprudencia clara sobre la materia, procede su aplicación preferente de cara a la Circular Interna 8 de 30 de abril de 2014 de COLPENSIONES, motivo por el cual no se comparte la apreciación del a quo en este sentido.

➤ ***Sobre la pretensión de reintegro de los montos reconocidos por reliquidación y retroactivo pensional***

En relación con la pretensión de condenar al señor Jesús Amorocho Cardoso a reintegrar de forma indexada lo percibido por concepto de reliquidación y retroactivo pensional, desde la inclusión en nómina hasta que se declare la nulidad

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto

de los actos acusados, es del caso aclarar que al tratarse de sumas recibidas de buena fe no es viable acceder a esta pretensión.

Dispone el artículo 164, numeral 1º, literal c) del CPACA que, en aquellos casos en que la demanda se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.

El tratamiento jurisprudencial para la devolución de prestaciones periódicas, como lo constituye en este caso la prestación pensional, dado por el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia, señala que el principio de buena fe *“implica la convicción del ciudadano, en que el acto emanado de la administración está sujeto a legalidad y por ende no tiene que prever que sea susceptible de demanda judicial o revocatoria, pues existe una legítima confianza en la actuación pública dada precisamente por la presunción de legalidad de la que gozan los actos administrativos”* (...) e (...) *“incorpora una presunción legal, que admite prueba en contrario y por ello, le corresponde a quien lo echa de menos, probar que el petitionario actuó de mala fe. Por ello, en tratándose de un error de la administración al concederse el derecho a quien no reunía los requisitos legales, no puede la entidad alegar a su favor su propia culpa para tratar de recuperar un dinero que fue recibido por una persona de buena fe.”*¹⁴

De manera que, siendo en parte lo pretendido por la entidad demandante el reintegro de los valores reconocidos y pagados por concepto de reliquidación y retroactivo pensional al señor Jesús Amorocho Cardoso, debió demostrar no solo la ilegalidad de los actos administrativos demandados, sino también la mala fe del demandado en la obtención del derecho, evento que no se discutió ni probó en el asunto. De ahí que, la pretensión no esté llamada a prosperar.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección segunda, sentencia de 1º de septiembre de 2014, rad. 25000-23-25-000-2011-00609-02(3130-13), C.P. Gustavo Gómez Aranguren

5. Decisión

En virtud de las consideraciones expuestas, la Sala revocará la decisión de primera instancia y, en consecuencia, declarará la nulidad de los actos acusados y negará las demás pretensiones de la demanda.

6. Condena en costas

Teniendo en cuenta que se planteó una discusión de buena fe y que la parte vencida en segunda instancia no incurrió en conductas dilatorias o temerarias, la Sala considera que no hay lugar a condenar en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Revocar la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2020 por el Juzgado Quince Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda, dentro del proceso iniciado por la **Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-** contra el señor **Jesús Amorocho Cardoso**, por las razones expuestas en la parte considerativa y en su lugar, se dispone:

Primero. - Declarar la nulidad de las resoluciones GNR 206187 de 6 de junio de 2014 y GNR 42586 de 7 de febrero de 2017, expedidas por la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, que reliquidaron la pensión de vejez de señor Jesús Amorocho Cardoso, conforme las razones expuestas en la motiva. Colpensiones garantizará la continuidad del pago de la pensión sin solución de continuidad, bajo los parámetros de la ley 100 de 1993.

Magistrada Ponente: Dra. Amparo Oviedo Pinto**Segundo.** - **Negar** las demás pretensiones de la demanda.**Tercero.** - Sin costas en esta instancia.**Cuarto.** - Ejecutoriada esta providencia, **devolver** el expediente al Juzgado de origen.**NOTIFÍQUESE, DEVUÉLVASE AL JUZGADO DE ORIGEN Y CÚMPLASE**

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha

AMPARO OVIEDO PINTO*Firma electrónica***CARLOS ALBERTO ORLANDO JAIQUEL***Firma electrónica***SAMUEL JOSÉ RAMÍREZ POVEDA***Firma electrónica*

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por los Magistrados de la Sección Segunda, Subsección C del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la plataforma denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 186 del CPACA.

11001-33-35-015-2019-00256-01	Correos electrónicos*
Demandante	notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co paniaquabogota4@gmail.com paniaquacohenabogadossas@gmail.com
Demandado	No se evidencia en el expediente
Agencia Nacional de Defensa Jurídica	procesosnacionales@defensajuridica.gov.co
Procurador Judicial Administrativo	jcontreras@procuraduria.gov.co

*O a cualquier otra dirección de correo electrónico que se encuentre acreditada en el expediente o en la base de datos de la Secretaría.