CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

CONSEJERA PONENTE: DRA. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).

REF: EXP. No 11001032500020080007000
No. Interno: 1975-08
DECRETOS DEL GOBIERNO
ACTOR: JORGE LUIS PABON APICELLA

Decide la Sala el recurso de reposición interpuesto por la parte demandada – Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social contra el auto de 5 de marzo de 2009 proferido por esta Sección, mediante el cual admitió la demanda y decretó la suspensión provisional, que en ejercicio de la acción de simple nulidad solicitó el señor JORGE LUIS PABON APICELLA.

El auto repuesto .-

Mediante auto de 5 de marzo de 2009 esta Sección admitió la demanda y decretó la suspensión provisional del artículo 3º del

Decreto Reglamentario No. 3800 de 29 de diciembre de 2003 expedido por el Presidente de la República, por el cual reglamenta el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003; por considerar que del cotejo normativo entre el acto parcialmente acusado y la norma citada como infringida, aparece la flagrante vulneración que exige el artículo 152 del C.C.A.

La reposición.-

Los apoderados judiciales de los Ministerios de la Protección Social y Hacienda y Crédito Público – como parte demandada - interpusieron recurso de reposición contra el anterior proveído (fls. 57 a 64 y 69 a 73), respectivamente.

Del Ministerio de la Protección Social.-

Manifestó que el acto demandado – artículo 3º del Decreto 3800 de 2003, no hace nugatorio los derechos pensionales de las personas que estando en Régimen de Transición se trasladaron al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - de conformidad con las previsiones del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 - deciden regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; sino que simplemente establece los requisitos para poder mantener la transición, requisitos que, fueron definidos por la Corte Constitucional en sentencia C-789

de 24 de septiembre de 2002 al declarar condicionalmente exequibles el inciso 5º del artículo 36 de la Ley 100, ante la necesidad de preservar la estabilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Sostuvo que el acto acusado, lejos de ser un obstáculo para las personas beneficiadas del Régimen de Transición, lo que hace es mantener el equilibrio entre los dos Regímenes, pues no resultaría equitativo que el Régimen administrado por el ISS terminara subsidiando a las personas que en el ejercicio de la libertad de escogencia del Régimen, optaron por el de Ahorro Individual con Solidaridad; resulten pensionadas en las mismas condiciones de quienes mantuvieron la fidelidad al de Prima Media con Prestación Definida.

Lo anterior, traería como consecuencia que se hayan obtenido menores rendimientos financieros, y por ende menores recursos al Fondo Común, lo que sería injusto en la medida que, ni las personas que conforman el Fondo Común del Régimen de Prima Media con Prestación Definida ni su administradora (ISS), tuvieron incidencia en la determinación inicial del afiliado del Sistema General de Pensiones, de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Concluyó que el traslado de un Régimen a otro se trata de una elección libre y expresa, en la cual, el afiliado acepta las características del Régimen de su elección, entre otras se encuentra el Régimen de Inversiones, el cual está reglamentado en la Ley, exigiéndose una rentabilidad mínima en los Regímenes. La decisión de traslado del afiliado debe cumplir con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 24 de septiembre de 2002 y señalados por el Gobierno Nacional en el Decreto 3800 de 29 de diciembre de 2003 para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, manteniendo el Régimen de Transición.

Del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.-

Indicó que para establecer la ilegalidad del artículo 3º del Decreto 3800 de 29 de diciembre de 2003, no basta con cotejar su contenido frente a los dispuesto en el artículo 13 de la ley 100 del mismo año, - modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003; sino que necesariamente se deben apreciar en su conjunto diferentes normas del Sistema General de Pensiones – SGP-, como son las normas respecto de la afiliación y traslado, Régimen de Transición, incluyendo los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la mencionada Ley 100; lo cual debe ser analizado de manera integral junto con la interpretación Jurisprudencial, en especial la sentencia C-789 de 24 de septiembre de 2002, que estableció expresamente los requisitos que hoy el Consejo de Estado considera nuevos.

Adujo que en la sentencia arriba señalada, se puede evidenciar que no existe transgresión a una norma superior con la expedición del Decreto 3800 de 29 de diciembre de 2003, dado que está reglamentando la forma y condiciones en las que aquellas personas que poseen una expectativa legítima de pensionarse bajo las condiciones del régimen anterior, es decir, quienes al 1° de abril de 1994 tenían 15 años de cotizaciones o servicio pueden en virtud del artículo 13 de la Ley 100, aún faltándoles menos de 10 años para cumplir la edad máxima de pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; trasladarse a dicho Régimen para preservar dicha Transición. Los condicionamientos que dispuso la Corte Constitucional para tal efecto se incorporaron a la norma legal, y son los que se señalan en el Decreto acusado.

Así mismo la sentencia C-1024 de 20 de octubre de 2004 indica que el traslado entre Regímenes Especiales implica además el de los recursos que financian las respectivas prestaciones del Sistema General de Pensiones, lo cual debe a su turno consultar la estabilidad financiera del Sistema.

Para resolver se

CONSIDERA

Cuestión Previa.-

La Sala resolverá el recurso de reposición interpuesto por la parte demandada, de conformidad con la normatividad y Jurisprudencia expuesta por las partes al momento de la presentación de la demanda e interposición del recurso; así como sucedió cuando se declaró la suspensión provisional del acto parcialmente demandado.

Análisis.-

El acto parcialmente suspendido es el artículo 3º del Decreto Reglamentario No. 3800 de 29 de diciembre de 2003 expedido por el Presidente de la República, por el cual reglamenta el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, relacionado con los requisitos exigidos para que sea aplicable el Régimen de Transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 con fines pensionales, de las personas que decidan trasladarse o devolverse del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (Fondos de Pensiones) al de Prima Media con Prestación Definida (Seguro Social).

La Sala reitera que al establecer el Decreto Reglamentario 3800 de 29 de diciembre de 2003 en su artículo 3º nuevos requisitos, entre otros, que al cambiarse de Régimen Pensional – del Fondo de Pensiones al del ISS – se traslade el saldo de la cuenta al ISS, y que dicho saldo "*no sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez, correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el*

Régimen de Prima Media, incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en este último"; no reglamenta y contraría la disposición de la Ley Reglamentada, es decir, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 previó un Régimen de Transición para aquéllas personas que en el momento de su entrada en vigencia estaban próximas a cumplir los requisitos de la pensión de vejez. Este consiste en que se les permite pensionarse con el cumplimiento de los requisitos que prescribían las normas anteriores a la Ley 100 de 1993. El Régimen de Transición tiene entonces el fin de no frustrarles a estas personas la expectativa de adquirir la pensión de vejez, ya que dicha Ley exige mayores requisitos para acceder a tal derecho.

Al ser el derecho a pensionarse bajo los parámetros definidos en el Régimen de Transición un derecho adquirido, no es posible considerar que una norma posterior los afecte – como lo ha sostenido la Jurisdicción Constitucional[1] -, hasta el punto de hacerlos nugatorios. Aceptar estos nuevos requerimientos mediante la norma reglamentaria aquí demandada, conllevaría al desconocimiento de la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, como lo es la Seguridad Social elevada a canon Constitucional en el artículo 48, el cual prescribe:

[1] Sentencia C-754 de 10 de agosto de 2004, M,P. Dr. Alvaro Tafur G.

"...

ARTICULO 48. Adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

Texto adicionado:

Artículo 1°. Se adicionan los siguientes incisos y parágrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

"El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto

legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.

Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho.

Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.

En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos.

Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido.

..."

Es evidente que la protección otorgada por el Régimen de Transición se conecta de forma inescindible con el derecho a la

pensión de vejez y por esta vía, con el derecho fundamental a la Seguridad Social, ya que establece unas condiciones más favorables para acceder al mismo en favor de algunas personas; precisamente con el fin de no vulnerar mediante Ley posterior una expectativa legítima.

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

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

En conclusión, se reitera, como se dijo en el auto recurrido, del cotejo normativo entre el acto parcialmente acusado y la norma citada como infringida aparece la flagrante vulneración que exige el artículo 152 del C.C.A.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

RESUELVE

No reponer el auto de 5 de marzo de 2009 proferido por esta Sección, mediante el cual admitió la demanda y decretó la suspensión provisional del artículo 3º del Decreto Reglamentario No. 3800 de 29 de diciembre de 2003 expedido por el Presidente de la República, por el cual reglamenta el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003; que en ejercicio de la acción de simple nulidad solicitó el señor JORGE LUIS PABON APICELLA.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ **GERARDO ARENAS MONSALVE**

GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

ALFONSO MARIA VARGAS RINCON

VICTOR H. ALVARADO ARDILA

/AH