

BONO PENSIONAL - Niega la nulidad de norma que regula este derecho para los servidores públicos que se trasladen al régimen de prima media con prestación definida / SERVIDOR PUBLICO - Derecho a bono pensional por traslado de régimen / SISTEMA GENERAL DE PENSIONES - Derecho del servidor público al bono pensional por cambio de régimen.

Vigencia del derecho a cuota parte / SISTEMA GENERAL DE PENSIONES - Recuento normativo sobre los regímenes de prima media con prestación definida y de ahorro individual con solidaridad, los bonos pensionales y las cuotas partes a cargo de la Nación / INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - Bonos pensionales a cargo de esta entidad. Clases

Dos cargos, en esencia, le endilga el demandante al decreto acusado: violación de la ley por exceso en la potestad reglamentaria, ya que, en su sentir, la norma reglamentada estableció hipótesis no previstas en la Ley 100 de 1993 y falta de competencia orgánica y funcional, por cuanto el reglamento fijó condiciones y requisitos no establecidos por el legislador para la efectividad del derecho al bono pensional. Ahora bien, una de las censuras del demandante la fundamenta en el hecho de que la norma demandada limita el derecho de los servidores públicos al bono, ya que solo lo contempló en el caso de traslado al régimen de prima media, no obstante, según dice, que de acuerdo con la Ley 100 de 1993 los servidores públicos tienen igual derecho al bono, cuando se trasladen al régimen de ahorro individual, planteamiento que resulta equivocado, por las siguientes razones: De una parte, la lectura íntegra del artículo cuestionado lleva a una conclusión diferente, ya que el literal a) desvirtúa, precisamente, la afirmación del demandante. En efecto, el citado literal al prescribir que tienen derecho al bono pensional "De conformidad con el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, las personas que cumplan los requisitos previstos en dicha norma y se trasladen al régimen de Ahorro Individual" , cobija también a los servidores públicos, y ello por la sencilla razón de que el citado artículo 115 de la ley 100 de 1993 señala quiénes tienen derecho al bono pensional, si cumplen los requisitos allí contemplados, sin excluir a los servidores públicos, es decir, son todas las personas (sean servidores públicos o no) las que tienen derecho al bono cuando se trasladen al régimen de ahorro individual, obviamente, si cumplen con los requisitos que enlista la precitada norma.

Otro de los cargos que le endilga el demandante al acto acusado lo fundamenta en el hecho de que la norma demandada al señalar que el bono procede sólo cuando el servidor se traslade al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, está desconociendo que el régimen puede estar administrado por otra entidad de seguridad social distinta al ISS. Como se observa de la lectura del artículo 128 de la Ley 100 de 1993, con posterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993 el Instituto de Seguros Sociales es la entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida que puede afiliar a servidores públicos. Ahora bien, el Decreto Ley 1314 de 1994, precepto que también se reglamenta con el acto acusado, establece las normas para la emisión y redención de los bonos pensionales que se deban expedir por traslado de servidores públicos al régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales. No reglamenta dicho precepto la emisión de bonos de la otra entidad de previsión que puede hacer afiliaciones al régimen de prima media con prestación definida como es el Fondo de Previsión del Congreso. Por lo anterior se colige, sin lugar a duda, que el literal b) de la norma acusada se refiere únicamente al traslado a dicho régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS. Estimar, por ello, que el reglamento excedió la ley y está viciado de nulidad, por no contemplar el régimen especial de los empleados del Congreso, cuando esa no era su voluntad, implicaría una intromisión en la órbita del ejecutivo, actuación que le está vedada al fallador. Ahora bien, respecto de otra de las censuras que fundamenta la entidad demandante en el hecho de que el reglamento pretende revivir la figura jurídica de las cuotas partes pensionales, la cual, según el Instituto de Seguros

Sociales, desapareció con la Ley 100 de 1993, dirá la Sala que tal afirmación no es cierta. El sistema de las cuotas partes sigue operando cuando no proceda la emisión de bonos pensionales.

Visto está que los servidores públicos que no se trasladaron de régimen por encontrarse a la vigencia de la Ley 100 de 1993 afiliados al Instituto de Seguros Sociales, no tienen derecho al bono pensional. Luego si no se tiene derecho al bono pensional, es apenas palmario que quien tiene la responsabilidad de pagar la pensión tiene el derecho a que los anteriores empleadores, que recibieron las cotizaciones, contribuyan con la pensión, en la cuota parte correspondiente. Ello sólo se podría lograr por este sistema de las cuotas que contemplaba el sistema anterior, al no existir, se repite, la emisión de bonos. Parte pues de un supuesto equivocado el demandante en su censura, al señalar que el sistema de las cuotas partes desapareció en nuestra legislación, cuando el mismo legislador la reconoce, como se puede leer en el texto del artículo 4 de la Ley 490. Pero además, la Corte Constitucional en la sentencia T 235 de 2000 reconoce el sistema de cuotas partes. Son perfectamente aplicables a la censura que se examina, el razonamiento de la Corte Constitucional, respecto de la vigencia, en algunos casos, de las cuotas partes, por lo que el cargo de exceso en la potestad reglamentaria en tal aspecto no puede tener vocación de prosperidad. No se puede calificar entonces que el reglamento desbordó la ley, por el contrario propende por la cumplida ejecución de ésta, como se explicó a lo largo de esta providencia. No prosperan por lo tanto las súplicas de la demanda.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO

Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil dos (2002).

Radicación número: 11001-03-25-000-2001-0127-01(2091-01)

Actor: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

ANTECEDENTES

1.- El INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo solicita a esta Corporación se declare la nulidad del literal b) del artículo 1° del Decreto 013 de 2001, por el cual se reglamentan parcialmente los artículos 115, 117 y 128 de la Ley 100 de 1993, el Decreto Ley 1314 de 1994 y el artículo 20 del Decreto Ley 656 de 1994.

2. El texto del artículo primero, cuyo literal b) es objeto de acusación, reza así:

"artículo 1°. Derecho a bono pensional. Tiene derecho a bono pensional

a).....

b) De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1° del Decreto Ley 1314 de 1994, los servidores públicos que a partir de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, se trasladen al régimen de prima media con prestación

definida administrada por el Instituto de Seguros Sociales.

En los casos en que de acuerdo con la ley no corresponda emitir bonos pensionales, la entidad que haya reconocido o que reconozca la pensión, tendrá derecho a obtener el pago de la cuota parte correspondiente a los tiempos de servicio prestados o cotizados a otras entidades que se hayan tomado en cuenta para el reconocimiento de la pensión, de conformidad con las normas aplicables y con sujeción a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 490 de 1998".

3.- Manifiesta el demandante que el legislador previó un conjunto de normas encaminadas a regular el derecho que tienen los afiliados al Sistema General de Pensiones de trasladarse de un régimen a otro; que uno de tales mecanismos es el de los bonos pensionales, entendido como el instrumento de deuda pública emitido con el objeto de conformar el capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.

Expresa que la Ley 100 de 1993, en su artículo 115 estableció los eventos en que los afiliados al Sistema tendrán derecho a percibir el bono pensional, cuando se trasladan al régimen de ahorro individual; que, así mismo, previó en el artículo 128 el derecho de los servidores públicos a percibir el bono pensional cualquiera sea el régimen que seleccionen; que el Gobierno Nacional, mediante el Decreto 1748 de 1995, reglamentó lo atinente a la emisión, cálculo, reducción y demás condiciones de los bonos pensionales. Manifiesta que en dicha norma determinó que no habría derecho a bono pensional para quienes fueron servidores públicos no afiliados al ISS, pero que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones estaban afiliados al ISS o laboralmente se encontraban inactivos; que en tal evento, el artículo 41 del Decreto en mención determinó que el ISS les reconocería la pensión o indemnización sustitutiva teniendo en cuenta todo el tiempo de servicios, debiendo cobrar a los empleadores del sector público las cuotas partes pensionales a que hubiere lugar.

Señala que la anterior disposición fue declarada nula por el Consejo de Estado mediante sentencia del 27 de julio de 2000 en cuanto desbordó los límites de la norma reglamentada (art. 115 de la Ley 100 de 1993), porque dicha norma establece el derecho al bono pensional no sólo de los servidores públicos afiliados al ISS sino también a Fondos de Previsión del sector público y a las Cajas de Previsión del sector privado que tuvieran a su cargo el exclusivo reconocimiento y pago de pensiones.

Alega que la norma demandada, al igual que la declarada nula por el Consejo de Estado, al establecer el derecho al bono pensional por los servidores públicos cuando se trasladen al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, limita el derecho que tienen tales personas y la obligación de emitirle bono por parte de los sujetos obligados (y no de pagar una cuota parte) cuando quieran que se trasladen al régimen de ahorro individual o al régimen de prima media con prestación definida, administrado por otras entidades de Previsión Social, vrg. El Fondo de Previsión del Congreso de la República.

Dice la entidad demandante que igualmente la disposición acusada desborda los límites de la norma que reglamenta, en cuanto las cuotas partes pensionales desaparecieron a partir de la Ley 100 de 1993, con algunas excepciones, debiéndose emitir el bono pensional, aún en los eventos en que el servidor público se traslade al régimen de prima media con prestación definida no administrado por el ISS o al régimen de ahorro individual.

Aduce que la disposición acusada al definir que el derecho al bono pensional de los servidores

públicos sólo se usa cuando además de las hipótesis previstas en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, se trasladen al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, está restringiendo una vez más el alcance de tal derecho, incorporando requisitos no previstos en la norma a reglamentar, pues además de que tal derecho podrá exigirse en caso de que se seleccione el régimen de ahorro individual, también podrá exigirse en los eventos en que se escoja el régimen de prima media con prestación definida administrado por una entidad de seguridad social distinta del ISS, como por ejemplo el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, que al tenor de lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley 100 de 1993 continuará siendo el responsable del reconocimiento y pago de las pensiones de vejez o jubilación, de invalidez y de sobrevivientes, y de los servicios de salud de los Congresistas y de los empleados del Congreso y del Fondo que aporten para los sistemas de pensiones y de salud de conformidad con las normas de dicha Ley; es decir, los regímenes de prima media con prestación definida y ahorro individual.

Manifiesta que la ilegalidad por incompetencia de la norma impugnada se pone de manifiesto cuando a consecuencia de la limitación establecida para acceder al bono pensional, el Gobierno Nacional se vio en la obligación de reincorporar al sistema de pensiones la institución de las cuotas partes pensionales, la cual, repite, fue suprimida con motivo de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, con algunas excepciones que se encuentran contempladas en los artículos 44 e inciso 4 del artículo 41 del Decreto 1748 de 1995.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, notificada de la presente demanda le dio contestación oportuna, por conducto de apoderada, oponiéndose a las pretensiones de la demanda.

Manifiesta que el cargo de violación de normas superiores que formula el demandante deviene de una interpretación aislada y equivocada de la norma acusada, ya que la lectura completa del artículo 1° del decreto 13 de 2001 necesariamente lleva a una conclusión distinta. Expresa que si se lee íntegramente el literal b) del artículo demandado con el literal a) surge con claridad que también el servidor público, al igual que todas las personas que cumplan con los requisitos previstos en dicha norma (artículo 115 de la ley 100 de 1993) y se trasladen al Régimen de Ahorro Individual, tienen derecho a bono pensional, que, por ello, la norma no solamente no excede los términos de la ley, sino que la desarrolla cabalmente, pues lo que dispone ésta es que "los servidores públicos nacionales cualquiera sea el régimen que seleccionen, tendrán derecho a bono pensional.

Expresa la demandada que el literal b) acusado ciertamente se refiere al traslado al régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales, pero no para limitar el derecho al bono, sino en razón de que con posterioridad a la Ley 100 de 1993 la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida que puede afiliar a servidores públicos es el ISS, como lo prescribe el inciso 3° del artículo 128 de la Ley 100.

Agrega la demandada que la norma censurada simplemente reproduce el artículo 1° del Decreto ley 1314 de 1994 que también se reglamenta, el cual establece las normas para la emisión y redención de los bonos pensionales que se deben expedir por traslado de servidores públicos al Régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS.

Señala que la única entidad que además del ISS puede hacer afiliaciones en este Régimen es el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República que administra el mismo sistema, pero como se rige por normas distintas, para efecto de la emisión de bonos, las normas aplicables no son las mismas expedidas por el ISS; que la anterior afirmación es tan cierta, dice la demandada, que el Gobierno Nacional al regular la emisión de los bonos dispuso en el Decreto 1748 de 1995, dos tipos de bonos: el bono tipo A y el bono tipo B.

El Bono tipo A que es el que se origina en el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual (caso del afiliado al ISS que decide cambiar de régimen o del servidor público que estando en el antiguo régimen de previsión del sector público selecciona el régimen de ahorro individual afiliándose a un Fondo de pensiones) Este bono tipo A, tiene dos modalidades: La modalidad 1, que es la que tiene que emitir el ISS en el caso de traslado de sus afiliados a un Fondo Privado; y la modalidad 2 (art. 1 Decreto 1748 de 1995) que es asumida por la Nación, reemplazando en esta obligación al ISS, a la Caja Nacional de Previsión o a cualquier otra Caja, Fondo o entidades del sector público sustituido por el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, que sólo opera como lo dispone el artículo 121 de la citada Ley 100 de 1993, es decir, respecto de quienes antes de la ley 100 hubieren estado afiliados al ISS o a las demás entidades señaladas, y por el valor de las reservas de las que son responsables a la misma fecha. Esta última modalidad tiene por objeto subsidiar la pérdida de las reservas del Instituto y demás entidades ante un traspaso masivo de afiliados al sistema de ahorro individual.

Añade la entidad demandada que el Bono tipo B para los casos de traslado del antiguo régimen de previsión del sector público, al nuevo régimen de prima media administrado por el ISS (casos de servidores de una entidad oficial que como empleador asumía directamente la pensión o de servidores que se encontraban afiliados a una Caja o Fondo de Previsión y se trasladaron al régimen de prima media afiliándose al ISS). Expresa que este tipo de bonos es asumido por la Nación a favor del ISS en atención al tiempo servido por el empleado con anterioridad a la Ley 100 sin haber cotizado al Instituto, con el objeto de conformar el capital necesario para el pago de la pensión.

Manifiesta además la demandada que el objeto de la norma es señalar claramente la concordancia entre los artículos 128 y 113 de la Ley 100 de 1993 y los artículos 1 y 2 del Decreto Ley 1314 de 1994, lo cual permite concluir que por disposición de la Ley, respecto de servidores públicos, hay lugar a bono pensional no sólo por el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, sino por el traslado del régimen anterior del sector oficial, al régimen de prima media con prestación definida.

Señala que el hecho de que la Ley haya dispuesto que el bono procede solamente para los casos de traslado de régimen tiene una relevante explicación, y es la de que cuando no hay traslado, la entidad a la cual se encuentra afiliado el trabajador debe utilizar para el pago de la pensión correspondiente, las reservas que se conformaron con los aportes de su afiliación, mientras que cuando el trabajador se traslada, la entidad que lo recibe carece de las reservas por las cotizaciones anteriores, y entonces tiene derecho a que la entidad anterior se las traslade a título de bono para conformar el capital necesario para el pago de la pensión. El sentido de la norma acusada, dice, es para enfatizar que el derecho al bono pensional para los servidores públicos se causa por razón del traslado de un régimen a otro que es lo que dispone tanto la Ley 100 de 1993 como el Decreto 1314 de 1994 y por consiguiente no puede haber exceso en la potestad reglamentaria.

En cuanto a la afirmación de la entidad demandante sobre la supresión del sistema de cuotas

partes por virtud de la Ley 100 de 1993, señala el Ministerio de Hacienda que ello no es cierto, ya que desde antes de la citada ley 100 el régimen de pensiones se rige por un principio de equidad, según el cual todos los obligados a responder por una pensión deben contribuir a su pago y ese principio no puede romperse por el hecho de que en un caso determinado no proceda la emisión del bono, ya que es apenas obvio que quien tiene la responsabilidad de pagar la pensión tiene derecho a que todos los anteriores empleadores o que recibieron cotizaciones le contribuyan y ello solo es posible a través de cuota partes, que era el sistema tradicional de la legislación anterior.

Dice la entidad demandada que en el régimen general de la ley 100 de 1993 se pueden acumular tiempos cotizados y servidos en diversas entidades, pero para que se puedan tomar en cuenta los servidos a empleadores privados que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión (pensiones que no asumía el ISS) o respecto de los cuales se hubiese cotizado a una Caja del sector privado, es necesario que se traslade la suma correspondiente al cálculo actuarial.

En relación con los bonos pensionales, señala el Ministerio de Hacienda que el Decreto 1314 de 1994 aclaró que éstos proceden cuando hay traslado al ISS, lo cual implica que cuando no hay traslado no hay bono pensional; que, en efecto, si se sostuviera que todo servidor público tiene derecho a bono pensional, incluso si no se traslada al Instituto de Seguros Sociales, se llegaría entonces al absurdo de concluir que como quiera que el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, permite a las Cajas, Fondos o Entidades de Seguridad Social existentes, administrar el régimen de prima media mientras subsistan, entonces dichas entidades deben emitir un bono pensional a favor de sí mismas, pues de acuerdo con el artículo 118 de la citada Ley 100 dichas entidades deben emitir bonos pensionales.

Que adicionalmente, tampoco es admisible sostener que cuando la entidad de previsión a la cual se encontraban afiliados los servidores públicos al entrar a regir la Ley 100 de 1993 sea el Instituto de Seguros Sociales se emita un bono pensional, pues precisamente los bonos pensionales son un aporte destinado a constituir el capital necesario para financiar una pensión. El régimen de los bonos, insiste la demandada, parte de la base de que el servidor se afilia a una entidad que no ha recibido aportes para pensiones del mismo y por ello es necesario trasladar el capital que se ha debido ir formando para financiar una pensión a través del bono pensional.

Aduce que en el caso de los servidores públicos afiliados al Instituto de Seguros Sociales al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, éste debió haber recibido las cotizaciones correspondientes, por lo cual no es procedente trasladar a dicho Instituto aportes para financiar la pensión.

Agrega que es claro que si no procede la emisión de bonos pensionales debe procederse a aplicar las normas anteriores que regulan la financiación de pensiones cuando hay acumulación de tiempos o cotizaciones, esto es el régimen de cuotas partes, como lo dispone el artículo 31 de la Ley 100 de 1993. Dice que antes de la Ley 100 de 1993 el Instituto debía reconocer pensiones por aportes, las cuales implican el régimen de cuotas partes pensionales y que es preciso destacar que, precisamente, no operaba la pensión por aportes en los caso en que el servicio se prestara a patronos privados no afiliados al ISS y por ello el artículo 33 previó la entrega del valor del cálculo actuarial.

Finalmente manifiesta que el propio legislador ha reconocido que con posterioridad a la Ley 100 de 1993 siguen operando las reglas de cuotas partes cuando no procede la emisión de bonos pensionales, como lo prevé el artículo 4 de la Ley 490 y el 78 de la ley 397 de 1997, ésta última

sobre el Ministerio de Cultura.

ALEGATO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada en su vista de fondo manifiesta que los servidores públicos tienen derecho a bono pensional no sólo cuando se trasladan al régimen de prima media con prestación definida administrada por el ISS, sino también cuando ésta la administra el Fondo de Previsión Social del Congreso para los servidores públicos de los cargos allí anotados; que en ese orden, si el objeto del Decreto 13 de 2001 fue reglamentar el tema de quienes tienen derecho a los bonos pensionales, dejó por fuera de su relación a los servidores que deben afiliarse al Fondo de Previsión Social del Congreso conforme a la ley.

Sin embargo, estima, que la anterior afirmación lleva a la conclusión de que tal exclusión no desaparecería con la declaración de ilegalidad del literal b) aún con el último inciso, que no fue acusado, sino que se aumenta al dejar por fuera a todos los servidores públicos. Tal situación, según dice, se resolvería con declarar la nulidad parcial del literal b), en la parte pertinente que dice "administrando por el Instituto de Seguros Sociales" y con esto quedaría acorde con lo previsto en los artículos 115, 117 y 128 de la Ley 100 de 1993 y los Decretos 1314 y 656 de 1994 y con las demás disposiciones de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, expresa la señora Procuradora que en relación al último inciso del artículo 1 del Decreto 13 de 2001 que el demandante lo censura como si fuera parte del literal b), es de anotar que no guarda relación con las normas relacionadas en la parte motiva como objeto de reglamentación, por lo que debe declararse su nulidad.

Agotado el trámite procesal, se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Dos cargos, en esencia, le endilga el demandante al decreto acusado: violación de la ley por exceso en la potestad reglamentaria, ya que, en su sentir, la norma reglamentada estableció hipótesis no previstas en la Ley 100 de 1993 y falta de competencia orgánica y funcional, por cuanto el reglamento fijó condiciones y requisitos no establecidos por el legislador para la efectividad del derecho al bono pensional.

Para desatar la cuestión litigiosa es preciso hacer el siguiente recuento normativo.

En la Constitución Política de 1991, a diferencia de la Carta Política de 1886, la seguridad social es reconocida como un derecho inalienable, es así como el artículo 49 de la Constitución la define como un servicio público de carácter obligatorio que será prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado.

Con base en este mandato constitucional se expidió la Ley 100 de 1993, la cual introduce un cambio estructural radical en materia del Sistema General de Pensiones.

De conformidad con el artículo 12 de la citada Ley 100 de 1993, dos son los regímenes que constituyen el Sistema General de Pensiones: El Régimen solidario de Prima Media con Prestación definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Según el artículo 31 de la Ley 100 de 1993 el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida es aquel en el cual los afiliados acceden a una pensión de vejez, invalidez o sobrevivientes o a una indemnización sustitutiva cuyas cuantías se hallan previamente

establecidas en la ley así como la edad para la pensión de vejez y las semanas mínimas de cotización necesarias para adquirir ese derecho. En este Régimen los aportes de los empleadores y trabajadores al igual que sus rendimientos constituyen un fondo común de naturaleza pública. No está previsto en este sistema cotizaciones voluntarias ni se puede aspirar a pensiones anticipadas.

Este Régimen de Prima Media con prestación definida está a cargo del ISS y demás entidades de previsión o seguridad social del sector público, mientras éstas subsistan; por ello, su normatividad, como lo prescribe el artículo 31 de la ley 100 de 1993, es la vigente para los seguros sociales obligatorios de invalidez, vejez y muerte, con las adiciones contempladas en el estatuto de la Ley 100.

Las características principales de este régimen, al tenor de los artículos 32, 64 y 79 de la Ley 100, se pueden sintetizar, así:

- a. Es un régimen solidario en el que la prestación que se reconoce a los afiliados se encuentra, desde el punto de vista económico, predeterminada por la ley, como se señaló anteriormente.
- b. Los aportes de los afiliados y sus rendimientos conforman un fondo común de naturaleza pública, cuya finalidad es, de una parte, garantizar el pago oportuno de las prestaciones y pensiones, y, de otra, sufragar los gastos de administración y constituir las reservas correspondientes.
- c. El Estado garantiza a todos los afiliados el pago de los beneficios a que se hacen merecedores.

El Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al tenor del artículo 59, es el conjunto de entidades, normas y procedimientos mediante los cuales se administran recursos públicos y privados destinados a pagar las prestaciones y pensiones que deben ser reconocidas a los afiliados, basado en el ahorro de los aportes, sus respectivos rendimientos y en la sana competencia entre las entidades administradoras del régimen.

En este régimen el afiliado tiene una cuenta de ahorro individual en la que se abonan los aportes obligatorios – los propios del empleado y los del empleador, las cotizaciones voluntarias del afiliado, los bonos pensionales y los subsidios del Estado, si hubiere lugar, además de los rendimientos financieros que produzca dicha cuenta. No existe en este régimen un monto fijo de pensión, ya que este es variable dependiendo del saldo acumulado de la cuenta, de las semanas cotizadas y de la edad de retiro elegida por el afiliado.

Las características del régimen de ahorro individual, de conformidad con el artículo 60 de la Ley 100 de 1993, son las siguientes:

- a. Los afiliados al régimen tendrán derecho al reconocimiento y pago de las pensiones de vejez, de invalidez y sobrevivientes, así como las devoluciones, cuya cuantía dependerá de los aportes.
- b. Los afiliados a este régimen adquieren el derecho a la pensión de vejez cuando lleguen a la edad escogida, pero siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita gozar de una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo mensual legal vigente a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993, valor éste que será reajustado según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el DANE. No obstante, si los afiliados llegan a las edades

preseleccionadas y cumplan con la exigencia del capital acumulado, pueden seguir cotizando en el régimen y los empleadores estarán obligados a efectuar los aportes a su cargo mientras dure la vinculación laboral, pero sólo hasta que los afiliados cumplan 60 años si son mujeres o 62 si son hombres. Después de este límite si los afiliados persisten en continuar cotizando, los aportes serán por su cuenta exclusiva, quedando los empleadores exonerados de la obligación de aporte.

- c. Las pensiones en este régimen pueden adquirirse en tres modalidades distintas: 1.- Pensión de renta vitalicia inmediata, 2.- Retiro programado, y 3.-Retiro Programado con renta vitalicia diferida.
- d. Una parte de los aportes se capitalizan en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado y la otra se destina al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes y la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, para financiar el Fondo de Solidaridad pensional y cubrir el costo de administración del régimen.
- e. Los afiliados al sistema pueden escoger y trasladarse libremente entre entidades administradoras y seleccionar la aseguradora con la cual contraten las rentas o pensiones.
- f. El conjunto de las cuentas individuales de ahorro pensional constituye un patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados, denominado Fondo de Pensiones, independiente del patrimonio de la entidad administradora.
- g. Las entidades deben garantizar una rentabilidad mínima del Fondo de pensiones que administren.
- h. El patrimonio de las entidades administradoras garantiza el pago de la rentabilidad mínima y el desarrollo del negocio de administración del Fondo de pensiones.
- i. El Estado garantiza los ahorros del afiliado y el pago de las pensiones a que éste tenga derecho, cuando las entidades administradoras o aseguradoras incumplan sus obligaciones, revirtiendo contra el patrimonio de las entidades administradoras y aplicando las sanciones pertinentes por incumplimiento.
- j. Tienen derecho al reconocimiento de bonos pensionales los afiliados al régimen de ahorro individual que hayan efectuado aportes o cotizaciones al ISS en cantidad no inferior a 150 semanas, o a las Cajas, Fondos, o Entidades del Sector Público, o prestado servicios como servidores públicos, o hubieren trabajado en empresas que tienen a su cargo las pensiones de sus trabajadores y trasladen la parte proporcional del cálculo actuarial correspondiente.
- k. El Estado garantiza los ahorros del afiliado y el pago de las pensiones a que éste tenga derecho, cuando las entidades administradoras o aseguradoras incumplan sus obligaciones, revirtiendo contra el patrimonio de las entidades administradoras y aplicando las sanciones pertinentes por incumplimiento.
- l. El control y vigilancia de las entidades administradoras de los fondos de pensiones corresponde a la Superintendencia Bancaria. Como se observa de las normas precedentes, las personas que por ley deben afiliarse al Sistema General de pensiones o las demás que lo hagan en forma voluntaria, pueden escoger el régimen pensional que consideren más conveniente. Dicha elección deben hacerla al iniciar la prestación de servicios. Así mismo, puede hacerse con posterioridad para efectos del traslado de régimen, el cual sólo podrá hacerse por una sola vez cada tres años contados a partir de la decisión inicial.

Si el traslado entonces se cumple del régimen de prestación definida al de ahorro individual, el afiliado tendrá derecho al reconocimiento del bono pensional, según lo prescribe el artículo 115. Si el traslado es a la inversa, se transfiere al régimen de prestación definida el saldo de la cuenta

personal existente a la fecha en el régimen de ahorro individual con sus rendimientos, el cual se acreditará en términos de semanas cotizadas, de acuerdo con el salario base de cotización.

BONOS PENSIONALES

Los bonos pensionales fueron definidos en el artículo 115 de la ley 100, como aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de pensiones. El artículo 116 de la ley 100 les señaló a éstos las siguientes características, además de las que determine el Gobierno Nacional: 1.- Deben expresarse en pesos. 2.- Son nominativos. 3.- Son endosables a favor de las entidades administradoras o aseguradoras, con destino al pago de pensiones y 4.- Devengarán, a cargo del respectivo emisor del bono, un interés equivalente a la tasa DFT, sobre saldos capitalizados, entre el momento de la afiliación del trabajador y el de la redención del bono.

La citada Ley 100 en el artículo 139 revistió al Presidente de la República, de conformidad con lo previsto en el ordinal 10 del artículo 150 de la Constitución Política, de precisas facultades extraordinarias por el término de seis meses contados desde la fecha de publicación de la ley, para determinar, entre otras materias, las normas necesarias para la emisión de los bonos pensionales, su redención, la posibilidad de transarlos en el mercado secundario, y las condiciones de los bonos cuando deban expedirse a personas que se trasladen del régimen de prima media al régimen de capitalización individual.

En ejercicio de la facultad extraordinaria otorgada al Presidente de la República se expidió el Decreto Ley 1299 de 1994, precepto que ha sido reglamentado por los Decretos 1748 de 1995, 1474 de 1997, 1513 y 810 de 1998.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 14 del citado Decreto Ley 1299 de 1994, los bonos serán emitidos:

- "a. Por la Nación en los casos de que trata el artículo 16 del presente Decreto.
- b. Por el Instituto de Seguros Sociales en los casos de que trata el artículo 17 del presente decreto.
- c. Por las Cajas, Fondos o Entidades del Sector Público que no sean sustituidas por el Fondo de pensiones Públicas del Nivel nacional.
- d. Por empresas privadas o públicas, o por Cajas o Fondos de Previsión del sector privado que hayan asumido exclusivamente a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones.
- e. Por las Cajas, Fondos y Entidades territoriales que tengan a su cargo el pago y reconocimiento de pensiones.

Los bonos pensionales serán expedidos por la última entidad pagadora de pensiones a la cual haya pertenecido el afiliado antes de la selección o traslado al régimen de ahorro individual, siempre y cuando el tiempo de cotización o de servicios, continuo o discontinuo, haya sido igual o mayor a cinco años.

Cuando el tiempo de cotización o de servicios en la última entidad pagadora de pensiones, sea inferior a cinco años, el bono pensional será expedido por la entidad pagadora de pensiones en la cual el afiliado haya efectuado el mayor número de aportes o haya cumplido el mayor tiempo de servicios.

Cuando el tiempo de cotización o de servicios en dos o más entidades fuere igual, el bono pensional será expedido por la última entidad de éstas a la cual se prestó servicios."

BONOS PENSIONALES Y CUOTAS PARTES A CARGO DE LA NACIÓN

De conformidad con los artículos 121 de la Ley 100 de 1993 y 16 del Decreto Ley 1299 de 1994, la Nación emitirá un instrumento de deuda pública nacional denominado bono pensional a los afiliados al Sistema General de Pensiones, cuando la responsabilidad corresponda al Instituto de los Seguros Sociales, a la Caja Nacional de Previsión Social, o a cualquier otra Caja, Fondo o entidad del sector público sustituido por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel nacional, y asumirá el pago de las cuotas partes a cargo de estas entidades.

Los Bonos a cargo de la Nación se emitirán con relación a los afiliados de las entidades anteriormente citadas que estuviesen vinculados con anterioridad a la fecha de vigencia del Sistema General de pensiones (1º de abril de 1994- artículo 151 de la ley 100 de 1993).

Al tenor del inciso 3º del citado artículo 16 del decreto 1299 de 1994:

"...El valor correspondiente a la deuda imputable por concepto de bonos pensionales o cuotas partes de bono, a partir del 1º de abril de 1994 y hasta la fecha del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, estará a cargo del ISS en los casos que le corresponda, quien deberá contribuir a la Nación con la cuota parte financiera respectiva. En todo caso la Nación expedirá el bono pensional por la totalidad de su valor."

BONOS PENSIONALES A CARGO DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

Al tenor del artículo 17 del Decreto Ley 1299 de 1994 el Instituto de Seguros Sociales emitirá el bono pensional de los afiliados al Sistema General de pensiones en relación con sus afiliados que hubiesen ingresado por primera vez a la fuerza laboral con posterioridad al 1º de abril de 1994.

Clases de Bonos Pensionales

El Decreto 1748 de 1995 que fijó la metodología para la emisión de bonos pensionales, agrupó en su artículo primero, dos tipos de bonos:

a) El Bono tipo "A" que es la designación dada a los bonos regulados por el Decreto – Ley 1299 de 1994, que es el que se expide a aquellas personas que se trasladen al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Este tipo de bonos tiene dos modalidades: Primera modalidad. Son los que tiene que expedir el ISS en el caso de traslado de sus afiliados a un Fondo Privado. Segunda Modalidad. Son los bonos asumidos por la Nación, reemplazando en esta obligación al ISS, a la Caja Nacional de Previsión Social o a cualquier otra Caja, Fondo o Entidades del sector público sustituido por el FOPEP del nivel Nacional, que sólo opera con relación a los afiliados con anterioridad a la fecha de vigencia de la Ley 100 de 1993, vale decir, con respecto de quienes antes de dicha Ley hubieren estado afiliados al ISS o a las demás entidades señaladas, y por el valor de la deuda imputable con anterioridad a dicha fecha.

b) El Bono tipo "B" Son los que se expiden a servidores públicos que se trasladen al ISS (nuevo régimen de prima media administrado por el ISS). Este tipo de bonos es asumido por la Nación a favor del ISS en atención al tiempo servido por el empleado con anterioridad a la Ley 100 sin

haber cotizado al Instituto, con miras a conformar el capital necesario para el pago de la pensión.

Ahora bien, una de las censuras del demandante la fundamenta en el hecho de que la norma demandada limita el derecho de los servidores públicos al bono, ya que solo lo contempló en el caso de traslado al régimen de prima media, no obstante, según dice, que de acuerdo con la Ley 100 de 1993 los servidores públicos tienen igual derecho al bono, cuando se trasladen al régimen de ahorro individual, planteamiento que resulta equivocado, por las siguientes razones:

De una parte, la lectura íntegra del artículo cuestionado lleva a una conclusión diferente, ya que el literal a) desvirtúa, precisamente, la afirmación del demandante. En efecto, el citado literal al prescribir que tienen derecho al bono pensional "De conformidad con el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, las personas que cumplan los requisitos previstos en dicha norma y se trasladen al régimen de Ahorro Individual" , cubre también a los servidores públicos, y ello por la sencilla razón de que el citado artículo 115 de la ley 100 de 1993 señala quiénes tienen derecho al bono pensional, si cumplen los requisitos allí contemplados, sin excluir a los servidores públicos, es decir, son todas las personas (sean servidores públicos o no) las que tienen derecho al bono cuando se trasladen al régimen de ahorro individual, obviamente, si cumplen con los requisitos que enlista la precitada norma.

No es cierto pues que la norma limite para los servidores públicos el derecho al bono en el entendido de que éste sólo sea procedente únicamente en el caso de traslado al régimen de prima media, pues, se repite, el servidor público tiene derecho a dicho bono cuando se traslada al régimen de ahorro individual, en los términos del artículo 115 de la Ley 100 de 1993, que es el precepto al que se remite el literal a) del artículo 1º del Decreto 13 de 2001. En ese orden, mal puede el reglamento desbordar la Ley que reglamenta. No prospera, por ende, esta censura.

Otro de los cargos que le endilga el demandante al acto acusado lo fundamenta en el hecho de que la norma demandada al señalar que el bono procede sólo cuando el servidor se traslade al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, está desconociendo que el régimen puede estar administrado por otra entidad de seguridad social distinta al ISS.

Para resolver tal acusación es preciso que la Sala haga el siguiente recuento.

La Ley 100 de 1993 en el Capítulo II del Título IV "Disposiciones comunes a los regímenes del Sistema General de Pensiones", señaló en el artículo 128, lo siguiente:

"Selección del régimen. Los servidores públicos afiliados al Sistema General de pensiones podrán escoger el régimen al que deseen afiliarse, lo cual deberá informarse al empleador por escrito.

Los servidores públicos que se acojan al régimen de prestación definida, podrán continuar afiliados a la Caja, Fondo o Entidad de Previsión a la cual se hallen vinculados. Estas entidades administrarán los recursos y pagarán las pensiones conforme a las disposiciones de dicho régimen previstas en la presente Ley.

Los servidores públicos que no estén afiliados a una Caja, Fondo o Entidad de Previsión o seguridad social, aquellos que se hallen afiliados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, y los que ingresen por primera vez a la fuerza laboral, en caso de que seleccionen el régimen de prestación definida se afiliarán al Instituto de Seguros Sociales.

Los servidores públicos nacionales cualquiera sea el régimen que seleccionen, tendrán derecho a

bono pensional."

Como se observa de la lectura de la anterior norma, con posterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993 el Instituto de Seguros Sociales es la entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida que puede afiliar a servidores públicos.

Es importante resaltar que el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República administra el mismo sistema de prima media con prestación definida, pero para sus afiliados, como son los Congresistas, Empleados del Congreso y del Fondo.

Ahora bien, el Decreto Ley 1314 de 1994, precepto que también se reglamenta con el acto acusado, establece las normas para la emisión y redención de los bonos pensionales que se deban expedir por traslado de servidores públicos al régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales. No reglamenta dicho precepto la emisión de bonos de la otra entidad de previsión que puede hacer afiliaciones al régimen de prima media con prestación definida como es el Fondo de Previsión del Congreso.

Por lo anterior se colige, sin lugar a duda, que el literal b) de la norma acusada se refiere únicamente al traslado a dicho régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS. En ese orden, equivocada resulta la apreciación de la Procuradora Segunda Delegada, al pedir que se declare la nulidad de la expresión "administrado por el Instituto de Seguros Sociales", ya que la finalidad de la norma no fue reglamentar el derecho de los bonos pensionales para el caso de los empleados del Congreso. Del texto del literal se observa claramente que éste se circunscribe al caso de los servidores públicos que se trasladen al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, no a los del Fondo de Previsión del Congreso, que se rigen por normas especiales (Decreto 1755 de 1994).

Estimar, por ello, que el reglamento excedió la ley y está viciado de nulidad, por no contemplar el régimen especial de los empleados del Congreso, cuando esa no era su voluntad, implicaría una intromisión en la órbita del ejecutivo, actuación que le está vedada al fallador.

Ahora bien, respecto de otra de las censuras que fundamenta la entidad demandante en el hecho de que el reglamento pretende revivir la figura jurídica de las cuotas partes pensionales, la cual, según el Instituto de Seguros Sociales, desapareció con la Ley 100 de 1993, dirá la Sala que tal afirmación no es cierta. El sistema de las cuotas partes sigue operando cuando no proceda la emisión de bonos pensionales.

Visto está que los servidores públicos que no se trasladaron de régimen por encontrarse a la vigencia de la Ley 100 de 1993 afiliados al Instituto de Seguros Sociales, no tienen derecho al bono pensional. Luego si no se tiene derecho al bono pensional, es apenas palmario que quien tiene la responsabilidad de pagar la pensión tiene el derecho a que los anteriores empleadores, que recibieron las cotizaciones, contribuyan con la pensión, en la cuota parte correspondiente. Ello sólo se podría lograr por este sistema de las cuotas que contemplaba el sistema anterior, al no existir, se repite, la emisión de bonos.

Entender que el sistema de cuotas partes desapareció con la Ley 100 de 1993, rompería el principio de equidad en que descansa el sistema pensional, en el cual se parte del hecho de que los obligados a una pensión deben contribuir a su pago, en la parte correspondiente, según las cotizaciones recibidas. Pero además, implicaría una carga gravosa y abusiva para la entidad que tiene a cargo la pensión, pues se le haría responsable por cotizaciones que no ha recibido, enriqueciendo a la verdaderamente obligada.

Parte pues de un supuesto equivocado el demandante en su censura, al señalar que el sistema de las cuotas partes desapareció en nuestra legislación, cuando el mismo legislador la reconoce, como se puede leer en el texto del artículo 4 de la Ley 490.

Pero además, la Corte Constitucional en la sentencia T 235 de 2000 reconoce el sistema de cuotas partes. En aras de la claridad y dado que el razonamiento que hizo la Corte en el citado fallo responde plenamente la censura que formula en este punto la entidad, es preciso transcribir alguno de sus apartes:

"b. Las cuotas partes figuran en la normatividad anterior a la ley 100/93. Se establecieron para los tiempos servidos o cotizados a diversas entidades. En dichos eventos las normas contemplaban que las demás entidades contribúan para la mesada con cuotas partes.

Es así como el Decreto 3135 de 1968 que reguló la pensión de jubilación para los empleados públicos y trabajadores oficiales, dispuso en su artículo 28:

"La entidad de previsión obligada al pago de la pensión de jubilación tendrá derecho a repetir contra los organismos no afiliados a ella, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido en ellos. El proyecto de liquidación será notificado a los organismos deudores, los que dispondrán de un término de quince días para objetarlo."

A su vez, el decreto reglamentario 1848 de 1969 dispuso en el numeral 3º del artículo 75 lo siguiente:

"En los casos de acumulación de tiempo de servicios a que se refiere el artículo 72 de este Decreto, la entidad o empresa a cuyo cargo este el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, tiene derecho a repetir con las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda, a prorrata del tiempo servido a cada una de aquellas.

En este caso se procederá con sujeción al procedimiento señalado al efecto en el Decreto 2921 de 1948 y, si transcurrido el término de quince (15) días del traslado a que se refiere el inciso 3º del citado decreto, la entidad obligada a la cuota pensional no ha contestado, o lo ha hecho oponiéndose sin fundamento legal, se entenderá que acepta el proyecto y se procederá a expedir la resolución de reconocimiento de la pensión".

Por su parte, la Ley 33 de 1985 se refirió a las pensiones de los empleados oficiales así:

"La Caja Nacional de Previsión obligada al pago de pensión de jubilación, tendrá derecho a repetir contra organismos no afiliados a ellas, o contra las respectivas cajas de previsión, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido o aportado a ellos. El proyecto de liquidación será notificado a los organismos deudores, los que dispondrán del término de quince días para objetarlo vencido el cual, se entenderá aceptado por ellos".

El artículo 11 del Decreto 2709 de 1994, con fundamento en la ley 71 de 1988, estableció:

"Todas las entidades de previsión social a las que un empleado haya efectuado aportes para obtener esta pensión, tienen la obligación de contribuirle a la entidad de previsión pagando la cuota parte correspondiente.

Para el efecto de las cuotas partes a cargo de las demás entidades de previsión, la entidad

pagadora notificará el proyecto de liquidación de la pensión a los organismos concurrentes en el pago de la pensión, quienes dispondrán del término de quince días hábiles para aceptarla u objetarla, vencido el cual si no se ha recibido respuesta se entenderá aceptada y se procederá a expedir la resolución definitiva de reconocimiento de la pensión.

La cuota parte a cargo de cada entidad de previsión será el valor de la pensión por el tiempo aportado a esa entidad, dividido por el tiempo total aportado".

c. La ley 100 de 1993 no excluye a las cuotas partes como soporte financiero. En efecto, la ley 100 de 1993, en el capítulo "Traslado entre regímenes - bonos pensionales-", en los artículos 121, 122 y 124, habla expresamente de "Bonos pensionales y cuotas partes a cargo de la Nación", "Fondos para pago de cuotas partes y bonos pensionales de las Cajas, Fondos o Entidades Públicas no sustituidos por el Fondo de pensiones públicas del nivel nacional" y "Fondos para pago de cuotas partes y bonos pensionales de las Empresas que tienen a su cargo exclusivo las pensiones de sus empleados". Significa lo anterior que la ley 100 estableció el mecanismo de los bonos, pero no excluyó, en determinadas situaciones, el método que antes de su vigencia se empleaba de distribuir la mesada por cuotas partes entre las entidades que en la vida laboral del jubilado recibieron cotizaciones. No podía excluir las cuotas partes porque por ley está reconocido el régimen de transición.

El problema práctico radica en dilucidar cuándo el soporte financiero es el bono o la cuota parte. La solución habrá que darla teniendo en cuenta la reciente normatividad: la ley 499 de 1999 y del decreto 013 de 2001. Además, se deben hacer algunas precisiones de índole constitucional sobre los regímenes especiales y el régimen de transición.

10. Normatividad reciente sobre bonos y cuotas partes y solución jurídica a los problemas que plantea

El artículo 4° de la ley 499 de 1999 dice en lo pertinente:

Las entidades públicas del orden nacional, que de acuerdo con lo establecido en las respectivas normas, estén obligadas a concurrir con el pago de las pensiones causadas con anterioridad al primero de abril de 1994, suprimirán las obligaciones recíprocas que por concepto de cuotas partes hayan asumido, efectuando en sus estados financieros los registros contables correspondientes. Las obligaciones pensionales causadas a partir de tal fecha, se financiarán además de los recursos previstos en la ley, con el bono pensional o cuota parte que para el efecto deberá expedir la entidad que esté en la obligación de concurrir en el pago de la respectiva pensión, o la que haga sus veces, emitido a favor de la entidad encargada del pago de dicha prestación." (Subrayas fuera de texto).

Como se aprecia, la norma plantea la alternativa de la cuota parte.

Y, el artículo 1° del decreto 013/01, dice :

"Tiene derecho a bono pensional:

"

"b. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 128 de la ley 100 de 1993 y el artículo 1° del decreto ley 1314 de 1994, los servidores públicos que a partir de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, se trasladen al Régimen de Prima Media con Prestación Definida

administrado por el Instituto de Seguros Sociales."

La conclusión que surge del literal b. transcrito es terminante: el bono pensional B se predica para aquellos funcionarios que se trasladan al régimen de prima media a partir del 1° de abril de 1994. Por eso a continuación el mismo artículo regula:

"En los casos en que de acuerdo con la ley no corresponda emitir bonos pensionales, la entidad que haya reconocido o que reconozca la pensión, tendrá derecho a obtener el pago de la cuota parte correspondiente a los tiempos de servicio prestados o cotizados a otras entidades que se hayan tomado en cuenta para el reconocimiento de la pensión, de conformidad con las normas aplicables y con sujeción a lo dispuesto en el artículo 4° de la ley 490 de 1998".

Cuáles son los casos en que no se expide el bono y el soporte financiero se logra por cuotas partes de la mesada pensional?

El artículo 1° del decreto 013 de 2001 se remite al artículo 128 de la ley 100/93. Esta última norma se refiere a la selección de régimen por parte de los servidores públicos:

"Los servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones, podrán escoger el régimen al que deseen afiliarse, lo cual deberá informarse al empleador por escrito.

Los servidores públicos que se acojan al régimen de prestación definida, podrán continuar afiliados a la Caja, Fondo o Entidad de previsión a la cual se hallen vinculados. Estas entidades administrarán los recursos y pagarán las pensiones conforme a las disposiciones de dicho régimen previstas en la presente ley.

Los servidores públicos que no estén afiliados a una Caja, Fondo o Entidad de previsión o seguridad social, aquellos que se hallen afiliados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, y los que ingresen por primera vez a la fuerza laboral, en caso de que seleccionen el régimen de prestación definida se afiliarán al Instituto de Seguros Sociales.

Los servidores públicos nacionales cualquiera sea el régimen que seleccionen, tendrán derecho a bono pensional.

Parágrafo. La afiliación al régimen seleccionado implica la aceptación de las condiciones propias de éste para acceder a las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes".

Como es sabido, los servidores públicos tenían la obligación, antes de la vigencia de la ley 100/93, de cotizar a Cajas (por ejemplo, Caja Nacional de Previsión) a Fondos o Entidades, que eran de carácter oficial.

No hay complicación alguna si en el momento de entrar en vigencia la mencionada ley 100/93, el servidor público estuviere trabajando el 1° de abril de 1994 y se traslada con posterioridad a tal fecha al ISS; en este caso hay lugar a que el ISS solicite la emisión del bono pensional a la anterior entidad o caja o fondo al cual cotizaba el usuario. Esto es lo que ha ocurrido con la gran mayoría de los servidores públicos. Tampoco hay problema en el caso de que un funcionario público se retira de su empleo antes del 1° de abril de 1994, estaba cotizando solamente a una caja y vuelve a trabajar después de tal fecha y se afilia al ISS. En este caso también hay lugar a solicitar el bono porque existe un traslado de una Caja o fondo al ISS de quien fue empleado público y vuelve a serlo con solución de continuidad.

El problema surge cuando no ocurre el traslado, que es un elemento indispensable para el

derecho a reclamar el bono. Esa ausencia de traslado acontece en las siguientes hipótesis:

1ª. Al entrar en vigencia la ley 100/93 el trabajador ya estaba cotizando a los Seguros Sociales porque en ese instante laboraba para una empresa privada, aunque anteriormente hubiere trabajado un tiempo al servicio del Estado.

2ª. El 1º de abril de 1994 la persona no estaba laborando, pero en años o meses o días anteriores sí estuvo trabajando para una empresa privada y por consiguiente cotizaba al ISS, aunque con anterioridad a la cotización al ISS hubiere sido funcionario público; y reinicia trabajo después del 1º de abril de 1994 y continúa cotizando al ISS.

3ª. El 1º de abril de 1994 la persona no estaba laborando, pero antes sí lo estuvo con diferentes contrataciones laborales y cotizaba en parte, no en su integridad, al ISS, estando de todas maneras afiliado al mismo.

En la primera hipótesis ocurre lo siguiente: si el día 1º de abril de 1994 el trabajador estaba cotizando al ISS es porque se trataba de un trabajador particular, luego no se le puede aplicar ni el artículo 128 de la ley 100 de 1993, ni el decreto 1314 de 1994, porque estas normas se predicen sólo para servidores públicos. Por lo tanto, el soporte financiero se hará a través de cuotas partes.

En las otras dos hipótesis, cotizaba todo o parte al ISS antes del 1º de abril, no laboraba el 1º de abril de 1994 y vuelve a trabajar y de inmediato continúa cotizando al ISS. En este aspecto tiene toda la razón el Ministerio de Hacienda cuando dice:

"... tampoco procede emisión de bono pensional por traslado de un servidor público al régimen de prima media administrado por el Instituto de Seguros Sociales, pues al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, el demandante no tenía el carácter de servidor público, y además, se encontraba afiliado al Instituto de Seguros Sociales, por lo cual no se está ante un servidor público que se traslade al régimen de prima media.

Si no hay lugar al bono, a contrario sensu hay lugar a la cuota parte, algo permitido por la ley 100 de 1993, la ley 499 de 1999 y el decreto 13 de 2001, como anteriormente se indicó.

Como las normas antes mencionadas no regulan la tramitación de las cuotas partes, se acude a la normatividad anterior a la ley 100 de 1993, respecto a la tramitación de la cuota parte, siempre y cuando el interesado esté cubierto por el régimen de transición que es el que permite la aplicación de la legislación preexistente.

La respuesta exige un análisis de la legislación anterior a la ley 100/93 porque el decreto 013 de 2001, que está vigente, dice: " En los casos en que de acuerdo con la ley no corresponda emitir bonos pensionales, la entidad que haya reconocido o que reconozca la pensión, tendrá derecho a obtener el pago de la cuota parte correspondiente a los tiempos de servicio prestados o cotizados a otras entidades que se hayan tomado en cuenta para el reconocimiento de la pensión". Es decir que el decreto exige que haya una ley de la cual se infiera que no son los bonos la forma de cubrir la cuota de concurrencia, puesto que "la entidad que esté en la obligación de concurrir en el pago de la respectiva pensión" (frase de la ley 499/99) será la que paga la cuota. Esto ocurre siempre y cuando el interesado esté cubierto por el régimen de transición que es el que permite la aplicación de normas anteriores a la ley 100 de 1993

Como se dijo anteriormente, son perfectamente aplicables a la censura que se examina, el

razonamiento de la Corte Constitucional, respecto de la vigencia, en algunos casos, de las cuotas partes, por lo que el cargo de exceso en la potestad reglamentaria en tal aspecto no puede tener vocación de prosperidad.

Finalmente, dirá la Sala respecto de la afirmación del libelista de que la norma acusada pretende revivir la prescripción del inciso 4º artículo 41 del Decreto No. 1748 de 1995, declarado nulo por esta Corporación, que ella no es valedera, pues la sentencia del 27 de julio de 2000 proferida dentro del proceso No. 141 de 1998 que examinó la legalidad de la citada norma, no versó sobre la misma materia, como estima el actor. Una lectura atenta del fallo permite inferir que los motivos para declarar la nulidad de dicha norma no fueron los mismos que aduce el aquí demandante, ya que lo cierto es que la previsión sí contenía un supuesto no contemplado en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, cuestión que no acontece en este caso, habida cuenta que la norma acusada se limita a reglamentar y armonizar las previsiones de los artículos 128 y 113 de la Ley 100, así como los artículos primero y segundo del Decreto Ley 1314 de 1994.

No se puede calificar entonces que el reglamento desbordó la ley, por el contrario propende por la cumplida ejecución de ésta, como se explicó a lo largo de esta providencia. No prosperan por lo tanto las súplicas de la demanda.

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

F A L L A

NIEGANSE las súplicas de la demanda en el proceso de nulidad instaurado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES contra el literal b) del artículo 1 del decreto No. 013 del 9 de enero de 2001.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

En firme esta providencia, archívese el expediente.

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

ANA MARGARITA OLAYA FORERO

ALBERTO ARANGO MANTILLA

TARSICIO CACERES TORO

JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE

ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO

NICOLAS PAJARO PEÑARANDA

ENEIDA WADNIPAR RAMOS

Secretaria



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

