

1238

331



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA

Consejero Ponente: Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil once (2011).

No. de Referencia: 110010325000200800043 00

Número interno: 1225-2008

Actor: NORMAN CAÑAVERAL OSPINA.

NORMAN CAÑAVERAL OSPINA en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita a esta Corporación que se declare nulidad del Concepto No. 7449 de mayo 23 de 2005, suscrito por el Director Jurídico Nacional del Instituto de Seguros Sociales, por medio del cual establece que si el empleador debe recurrir al mecanismo señalado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, no hay lugar a la aplicación del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El demandante considera que el acto acusado incurre en violación de los artículos 31 inciso 2º, 33 y 36 de la Ley 100 de 1993 de la Ley 100 de 1993.

El concepto demandado ha determinado que cuando un empleador transfiere al Seguro Social el valor del cálculo actuarial para validar el tiempo referido en el literal (d) del párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el trabajador no tiene derecho a beneficiarse del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la misma ley.

Lo anterior excluye a los afiliados que cumplen los requisitos para adquirir su pensión de jubilación con fundamento en el régimen de transición y que validan los tiempos de cotización mediante el pago de un cálculo actuarial.

El Director Jurídico Nacional del Instituto de Seguros Sociales, con el concepto demandado modifica el artículo 33 de la Ley 100 de 1003, puesto que establece una consecuencia no contemplada en la norma, cual es, como se dijo, la pérdida del derecho a pensionarse de acuerdo con el régimen de transición, para aquellos que validen tiempos con el pago de un cálculo actuarial, incurriendo en el vicio de falta de competencia.

Igualmente modifica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993,

al establecer una causal de pérdida del régimen de transición que no está prevista dentro del mismo.

El concepto 7449 viola el principio de unidad, por cuanto es contrario al concepto 20077865299-002-000 de marzo 11 de 2008 emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia, así como el expedido el 2 de noviembre 1997 por el Ministerio de la Protección Social, pues estas instituciones forman parte del Sistema General de Seguridad Social y por lo tanto deben tener políticas y procedimientos articulados.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Instituto de Seguros Sociales contestó la demanda, y se opuso a la prosperidad de las súplicas. Considera que dada la naturaleza de los conceptos que no trascienden a la esfera de la normatividad, no constituyen actos administrativos susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, puesto que no tiene la capacidad de producir efectos jurídicos.

Cuando los conceptos interpretan situaciones jurídicas especiales, relacionadas con el Sistema General de Pensiones en virtud del análisis normativo, podrían llegar a producir efectos frente a empleadores y trabajadores de manera individual, pero no general.

Es así como la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional ha sostenido como regla general que los conceptos emitidos a solicitud del interesado, no tienen carácter obligatorio, ni crean situaciones jurídicas, por lo tanto no comprometen la responsabilidad de la entidad pública que lo expide.

Por el momento, el concepto demandado se constituye en una directriz o recomendación interna de la entidad.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación solicita que la Sala se abstenga de proferir decisión de fondo sobre las pretensiones y en su lugar se declare probada la excepción de inepta demanda, por no ser, el acto demandado, susceptible de control jurisdiccional.

De acuerdo con las características, contenido, alcances y finalidad del acto administrativo, el concepto de la Dirección Jurídica Nacional del Instituto de Seguros Sociales, si bien es un documento expedido por un funcionario que tiene como tarea proferir conceptos jurídicos, no deja de ser más que la opinión de los alcances jurídicos de una disposición de orden legal que no tiene la capacidad de producir efectos jurídicos para

los administrados, en este caso, los afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida del Instituto de los Seguros Sociales, y por lo tanto no compromete la responsabilidad del funcionario que lo emite, de acuerdo con el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, ni resulta obligatorio.

De acuerdo con los pronunciamientos del Consejo de Estado, para que proceda el control de legalidad sobre los conceptos, estos necesariamente deben estar encaminados a producir efectos jurídicos, es decir, que tengan carácter vinculante frente los administrados.

Para resolver, se

CONSIDERA

Solicita el actor que se declare la nulidad del concepto No. 7449 de 23 de mayo de 2005, suscrito por la Jefe de la Unidad de Seguros de la Dirección Jurídica Nacional del Instituto de Seguros Sociales por medio del cual se resuelve la consulta efectuada por el Jefe de la Unidad de Planeación y Actuarial de esa Entidad, en relación con la aplicación del régimen de transición a los trabajadores cuando se hace uso del mecanismo establecido por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Particularmente solicita la nulidad del siguiente aparte:

"lo que nos conduce lógicamente a que si el empleador debe recurrir al mecanismo señalado el(sic) artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, no hay lugar a la aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993"

La Entidad demandada y el Ministerio Público expresan que el concepto no puede ser objeto de control de legalidad por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en consideración a que no constituye un acto administrativo con capacidad de modificar situaciones jurídicas, sino que se trata de la opinión de un funcionario de la administración sobre la aplicación de normas que no comprometen su responsabilidad.

Sobre el particular, se observa que el acto demandado está suscrito por la Jefe de la Unidad de Seguros Dirección Jurídica Nacional, del Instituto de Seguros Sociales, con el visto bueno del Director Jurídico Nacional, dirigida al Jefe de la Unidad de Planeación y Actuarial, con ocasión de una consulta que éste último presentara, tal y como lo demuestra la primera parte del concepto demandado, en los siguientes términos:

"Por remisión que nos hiciera la Gerencia Nacional de Atención al Pensionado del oficio de la referencia, mediante el cual manifiesta la inquietud de si el pago de la reserva actuarial por parte de los empleadores del sector privado, cuando se trata de una omisión, conlleva el mantenimiento del régimen de transición.

Adicionalmente, comenta que son muchas las peticiones que formulan directamente los

trabajadores, frente a lo cual se ha solicitado que la petición formal sea suscrita por el empleador, bajo la tesis de que el artículo dispone que el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja trasladen el cálculo actuarial a satisfacción del ISS." (Fl. 18)

De acuerdo con lo anterior el concepto fue impartido por solicitud de un funcionario de la Entidad, con el fin de tenerlo en cuenta al momento de resolver las múltiples peticiones formuladas por los trabajadores para el traslado del cálculo actuarial al ISS, con el fin de aplicarlo, cuando la solicitud sea elevada por el empleador como lo dispone la Ley.

En esas condiciones, el concepto en cuestión se convierte más bien en una directriz sobre el entendimiento y alcance que el funcionario encargado debe dar, en este caso el Jefe de la Unidad de Planeación y Actuarial y las dependencias encargadas de dar solución a las peticiones que sobre este particular se formulen a la entidad. Es decir, que siempre que se trate de la situación descrita en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, excluye la aplicación del artículo 36 ibídem.

En este orden de ideas la Sala emitirá un pronunciamiento de fondo en relación con el concepto demandado.

Del fondo del asunto

El razonamiento con fundamento en el cual el ISS concluye que si el empleador debe recurrir al mecanismo señalado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, no hay lugar a la aplicación del artículo 36 de la misma Ley 100 es el siguiente:

"De lo anterior forzoso es concluir, que si la validación del tiempo de servicio laborado se realiza en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, norma ésta que permite la figura del cómputo de semanas cotizadas siempre y cuando el empleador o la Caja - más no el trabajador - traslade la suma correspondiente a su afiliación con base en el cálculo actuarial previsto para el caso de omisión por parte del empleador; el reconocimiento de las prestaciones se debe efectuar conforme con el cumplimiento de los requisitos en él estipulados como son: haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre, haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo, con el incremento de 50 semanas a partir del 1º de enero de 2005 y así sucesivamente."

Dispone el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003:

ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

- 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.*
- 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.*

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

- a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;
- b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;
- c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.
- d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.
- e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional.

Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte.

PARÁGRAFO 2o. Para los efectos de las disposiciones contenidas en la presente ley, se entiende por semana cotizada el periodo de siete (7) días calendario. La facturación y el cobro de los aportes se harán sobre el número de días cotizados en cada período.

PARÁGRAFO 3o. Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.¹

Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones.

PARÁGRAFO 4o. Se exceptúan de los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del presente artículo, las personas que padezcan una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado en forma continua o discontinua 1000 o más semanas al régimen de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993.

La madre² trabajadora cuyo hijo padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad,

¹ Declarado **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE** por la Corte Constitucional, Sentencia C-1037 - 03 de 5 de noviembre de 2003, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería.

² Aparte declarado **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE**, por el cargo analizado, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-989-06 de 29 de noviembre de 2006, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis, "en el entendido que el beneficio pensional previsto en dicho artículo se hará extensivo al padre cabeza de familia de hijos discapacitados y que dependan económicamente de él".

siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo. (se resalta)

Por su parte, el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, prevé:

ARTICULO 57. TRASLADOS. (...)

En el caso en que, por omisión, el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y la fecha de afiliación tardía, sólo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala el Decreto 1887 de 1994.

En cualquier caso, la fecha de corte de los bonos pensionales será la del primer traslado o selección de régimen efectuado después de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, aunque posteriormente se produzcan traslados entre los diferentes regímenes.

Para las entidades públicas que no cumplieron con lo ordenado por el literal c) el artículo 92 del Decreto 692 de 1994, en concordancia con lo dispuesto en el literal d) del artículo 90 de la Ley 797 de 2003, es decir, que no afiliaron al Sistema General de Pensiones a los servidores que se vincularon con posterioridad al 1º de abril de 1994, deberá calcularse una reserva actuarial según lo ordenado por el artículo 3º del Decreto 1887 de 1994 por el tiempo transcurrido entre el 1º de abril

de 1994 y la fecha de afiliación del servidor al Sistema General de Pensiones.

Cuando para efectos de reconocer una prestación se le solicite a la entidad emisora el pago de un bono, la Administradora de Pensiones deberá indicar las normas aplicables para otorgar la prestación, para que la entidad emisora pueda verificar que el bono corresponde al régimen pensional con el cual se otorgó la prestación. (se resalta).

Ahora bien, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece:

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

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación

del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.³

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.⁴

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

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

³ Inciso 4o. declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-789-02 de 24 de septiembre de 2002, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, 'siempre y cuando se entienda que estas 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, conforme a lo establecido en la parte motiva de esta sentencia. Con todo, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona.'

⁴ Ibidem.

El campo de aplicación del régimen de transición está previsto en el artículo 4º del Decreto 813 de 1994, modificado por el del Decreto 1160 de 1994. Textualmente expresa:

*ARTICULO 1. CAMPO DE APLICACION DEL REGIMEN DE TRANSICION. El régimen de Transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, será aplicable a las pensiones de vejez y jubilación **de todos** los trabajadores del sector privado, de los servidores públicos, de los trabajadores independientes y de los afiliados obligatorios o facultativos del Instituto de Seguros Sociales.*

*Dicho régimen **no será aplicable** a las pensiones de vejez o Jubilación de todos los trabajadores de las entidades o empresas que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, están exceptuados de la aplicación del Sistema de Seguridad Social Integral.*

ARTICULO 2. REQUISITOS. Las personas de que trata el inciso 1 del artículo anterior tendrán derecho a los beneficios del régimen de transición, siempre que a 1 de abril de 1994 cumplan alguno de los siguientes requisitos:

- a) Haber cumplido 40 o más años de edad si son hombres, o 35 o más años de edad si son mujeres.*
- b) Haber cotizado o prestado servicios durante 15 o más años.*

Nótese que la norma transcrita al señalar a quiénes no se aplica el régimen de transición, se refiere exclusivamente a "todos los trabajadores de las entidades o empresas que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, están exceptuados de la aplicación del Sistema de Seguridad

Social Integral", y en el artículo 4° al enumerar los casos en que dicho régimen se pierde o deja de aplicarse expresa:

1. Cuando se seleccione el régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se aplicará lo previsto para dicho régimen, inclusive si se traslada de nuevo al régimen de prima media con prestación definida.

2. Cuando el afiliado se vincula a empresas o entidades que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, están excluidas de la aplicación del sistema general de pensiones.

PARAGRAFO 2o. No perderán los derechos derivados del régimen de transiciones los servidores públicos por razón de la liquidación de la caja, fondo o entidad a la que se estuviera cotizando.

Se concluye, en consecuencia, que los beneficios que comprende el régimen de transición se pierden cuando se ha presentado un traslado de Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad o cuando el trabajador se vincula a empresas excluidas de la aplicación del régimen del sistema general de pensiones, en los términos del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

En las normas transcritas, no se encuentra como una causal de pérdida de los beneficios del régimen de transición, el hecho de que el empleador deba recurrir al mecanismo señalado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, contrario a ello, el régimen se aplica **a todos** los trabajadores del sector privado, a los servidores públicos,

trabajadores independientes y los afiliados del Instituto de Seguros Sociales.

De acuerdo con lo anterior, el concepto demandado incorpora una causal de pérdida de los derechos que emanan del régimen de transición, que no está establecida por la ley y un alcance al traslado del valor correspondiente al cálculo actuarial, que no contemplan las normas que regulan la materia.

En esas condiciones, asiste razón al actor al afirmar que sin competencia el ISS estableció una causal de pérdida del régimen de transición, pues ellas sólo pueden ser fijadas por el legislador como en efecto se hizo en la Ley 100 de 1993, sin incluir la que contiene el acto acusado.

En consecuencia, se declarará la nulidad del aparte del concepto demandado, que señala: "lo que nos conduce lógicamente a que si el empleador debe recurrir al mecanismo señalado el(sic) artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, no hay lugar a la aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993".

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,

FALLA

Declarase la nulidad del aparte "lo que nos conduce lógicamente a que si el empleador debe recurrir al mecanismo señalado el(sic) artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, no hay lugar a la aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993" contenido en el concepto No. 7449 de 23 de mayo de 2005 suscrito por el Jefe de la Unidad de seguros de la Dirección Jurídica Nacional del Instituto de Seguros Sociales.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y en firme esta providencia archívese el expediente.

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



VÍCTOR HERNÁNDEZ ALVARADO ARDILA



GERARDO ARENAS MONSALVE



GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN



BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PAÉZ



ALFONSO VARGAS RINCÓN



LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO