



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Carrera 4ª No. 2-18 Email: j08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, veintiocho (28) de junio del año dos mil diecinueve (2019)

EXPEDIENTE 190013333008 201600301 00
ACTOR MARIA INES MOLINA DE ATENCIO
DEMANDADO ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES
MEDIO DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
CONTROL

SENTENCIA No. 123

1.- ANTECEDENTES

1.1.- La demanda¹

Procede el Juzgado a decidir la demanda que en Acción Contencioso Administrativa - Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (artículo 138 del CPACA), impetró la señora MARIA INES MOLINA DE ATENCIO, en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a fin que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en la Resolución GNR 410034 del 17 de diciembre de 2015, por medio de la cual le niegan la devolución de los valores por concepto de semanas cotizadas en exceso, reliquidación de pensión de vejez e intereses comerciales correspondientes a cada pretensión y se concede recurso reposición y/o apelación; Resolución GNR 56821 del 23 de febrero de 2016, mediante la cual se confirma en todas sus partes la Resolución GNR 410034 del 17 de diciembre de 2015, y Resolución VPB 17328 del 15 de abril de 2016, mediante la cual la entidad accionada resuelve recurso de apelación y se revoca la Resolución GNR 410034 del 17 de diciembre de 2015.

A título de restablecimiento del derecho pretende la actora que se condene a COLPENSIONES a:

"Liquidar, reajustar y hacer devolución de los valores correspondiente a las semanas cotizadas en exceso a favor de la señora MARIA INES MOLINA DE ATENCIO, por el monto equivalente a seiscientos noventa y cuatro (694) semanas descontadas con posterioridad a las 1.250 semanas que establece la normatividad anterior, esto es, el Decreto 758 de 1990 para alcanzar el noventa por ciento (90%) de pensión de vejez, más intereses comerciales liquidados mes a mes sobre el valor descontado en exceso desde el mes de mayo del año 2003, fecha en que cumplió con el requisito de cotizar 1250 para obtener el 90% de pensión de vejez, cuyo porcentaje que será liquidado hasta la fecha de la sentencia que ponga término a la presente controversia jurídica.

Se reliquide, reajuste y pague sobre el NOVENTA (90 %) POR CIENTO DEL SALARIO MENSUAL DE BASE, LA PENSION DE VEJEZ a favor de la señora MARIA INES MOLINA DE ATENCIO desde el año 2008, fecha en que ya cumplidos con anterioridad las 1.250 semanas de cotización para obtener el 90% de pensión de vejez, cumplió con las demás exigencias pensionales, cuyo porcentaje aún por liquidar, asciende al diez punto cincuenta y seis por ciento (10.56%) y

¹ Folios 35 a 50 del cuaderno principal No.1

corresponde a la diferencia resultante entre el 79.44% de pensión ya reconocida y el 90% que legalmente le corresponde.

Se cancele el valor del reajuste equivalente al 10.56% representado en moneda colombiana, así como sus reajustes e intereses comerciales sobre dicho valor, a partir del año 2008 fecha en que mi representada ya acreditadas 1250 semanas para hacerse acreedora al noventa por ciento (90) de pensión de vejez, cumplió con la edad exigida en el régimen de transición para obtener el beneficio pensional."

1.1.1.- Fundamentos fácticos de la demanda²

En síntesis, afirma el representante judicial de la parte actora, que aquella cotizó al sistema de pensiones desde el 1º de octubre de 1975 y hasta el 1º de abril de 2014, es decir un total de 1944 semanas, y por ser beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por favorabilidad debió ser cobijada por las disposiciones del Decreto 758 de 1990, sin embargo ello fue desconocido por la administración.

1.1.2.- Normas violadas y concepto de violación³

Como normas violadas se invocan las siguientes: constitucionales: artículos 1, 13, 29, 53 y 58. De orden legal: leyes 100 de 1993, 797 de 2003 y 758 de 1990.

Sostiene la parte activa de la Litis, en el concepto de violación, que COLPENSIONES desatendió la aplicación de principios y derechos fundamentales de la accionante, a saber, favorabilidad, igualdad, garantía a la seguridad social y protección especial a la mujer de la tercera edad, al no haber aplicado la norma anterior que como consecuencia del régimen de transición le amparaba para efectos pensionales, sino legislación posterior que justifica la negativa del derecho como lo es la Ley 797 de 2003, en concordancia con lo previsto en los artículo 13 literal f) y 33 numerales 1, 2 y parágrafo 1 de la Ley 100 de 1993.

Considera que de acuerdo con el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, para efectos pensionales debe aplicarse el régimen anterior preceptuado en el Decreto 758 de 1990 (arts. 12 y 20 inc. 1) que aprobó el Acuerdo 049 de 1990, sin embargo, si bien COLPENSIONES acepta lo primero, aplicó normas posteriores, y que si bien la actora no cotizó 500 semanas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, cotizó más de 1250 semanas para ser así reconocida la prestación con el 90% del salario mensual de base, sin que pueda exigirse que las cotizaciones se hayan efectuado exclusivamente ante el ISS, ya que éstas pueden ser acumuladas en el sector público o privado, y así lo asiente la ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

De otro lado indica que al tenor de lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 deben reconocerse intereses moratorios sobre los valores descontados en exceso y sobre el valor del reajuste del 10.56% que a su juicio aún hace falta cancelar para cumplir con el 90% establecido en el citado Decreto 758 de 1990.

Que la negativa de la devolución de valores por semanas de cotización descontadas en exceso no puede soportarse en lo dispuesto en la Ley 797 de 2003 por ser posterior a la Ley 100 de 1993 por cuanto no se busca obtener el

² Ibidem

³ Folios 29 a 34 del cuaderno principal No. 1

derecho a una indemnización sustitutiva, genera un enriquecimiento sin justa causa por parte del Estado, y además de conformidad con lo indicado en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 la obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión de vejez, sin perjuicio de los aportes voluntarios que quiera seguir efectuando el afiliado, cesación que debió operar a partir del tope de las 1250 semanas cotizadas.

Finalmente agrega que además de lo anterior, los actos enjuiciados violan los incisos 1 y 6 del artículo 9 del Decreto 1161 de 1994 y el artículo 55 del Decreto 1406 de 1999, que refieren al exceso en las consignaciones y pagos en exceso en pensiones, y el procedimiento para la devolución de dichos excesos y los rendimientos generados, circunstancia que debió ser informada a la afiliada, hoy accionante.

1.2.- Contestación de la demanda por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES⁴

Asistida de mandataria judicial, esta Entidad contestó la demanda refiriendo que en efecto la demandante empezó a cotizar para el ISS desde el 1º de octubre de 1975, siendo reconocida la pensión de vejez en su favor a partir del 1 de diciembre de 2013, a través de la Resolución No. 314645 del 22 de noviembre de 2013 y con fundamento en la Ley 797 de 2003 en virtud del principio de favorabilidad, aplicando una tasa de remplazo del 79.42%.

Afirma que la señora MOLINA DE ATENCIO no es beneficiaria del régimen prestacional contenido en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, por cuanto no acredita 500 semanas cotizadas en forma exclusiva al ISS en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o un total de 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo, teniendo en cuenta que de las 1944 semanas cotizadas, solo 821 fueron cotizadas a COLPENSIONES. Exalta que bajos los preceptos del Decreto 758 de 1990 el monto pensional es inferior al reconocido.

Considera que no le asiste a la accionante el derecho a obtener la devolución de aportes por las semanas que cotizó con posterioridad a la acreditación de los requisitos para acceder a la pensión, ya que éstos contribuyen con el financiamiento de la pensión y hacen parte del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES propio del régimen de prima media con prestación definida, por lo que su devolución iría en contravía del principio de sostenibilidad financiera. Además, afirma que en cuanto a las semanas de cotización la ley no establece límites superiores para el efecto que permita hablar de un exceso.

En cuanto a la pretensión de reliquidación de la prestación con una tasa de remplazo del 90%, insiste en que ésta es solo aplicable a los beneficiarios del Decreto 758 de 1990 y no a pensionados que se encuentran en la situación de la actora.

Por último, en lo concerniente al pago de intereses, señala que en el caso de la señora MARIA INES éstos no se han causado, como quiera que una vez fue reconocida la pensión de vejez en su favor, COLPENSIONES le ha cancelado las mesadas respectivas, oportunamente.

Por lo expuesto se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, formulando las excepciones que denominó "cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación"; "improcedencia del pago de intereses" y "prescripción".

4 Folios 66 a 68

1.3.- Relación de etapas surtidas

La demanda fue presentada el 5 de septiembre de 2016 –fls. 52 y 53, admitida mediante auto interlocutorio No. 934 del día 12 del mismo mes y año – fls. 54 y 55, procediendo a su debida notificación - fls. 56 y 62.

El 30 de enero de 2017 con auto interlocutorio No. 048 se admitió la reforma de la demanda –fl. 61.

El 13 de diciembre de 2018 se llevó a cabo la audiencia inicial -fls.103-105 en la cual, además de fijar el litigio, se decretaron pruebas en forma oficiosa, y una vez allegadas éstas se corrió el respectivo traslado –fl. 122, de tal suerte que por no existir pruebas para recaudar en audiencia de pruebas, el asunto pasó a la etapa de alegatos –fl. 128.

1.4.- Los alegatos de conclusión

1.4.1.- De la parte demandante⁵

El apoderado de la parte actora a esta instancia procesal insiste en que si bien la entidad demandada reconoce que su prohijada se encuentra amparada por el régimen pensional de transición, aplica normas posteriores en desconocimiento de la ley y la constitución, desconociendo así el principio de favorabilidad que le cobijaba.

1.4.2.- De COLPENSIONES.

Esta entidad guardó silencio en esta etapa procesal.

1.4.3.- Concepto del Ministerio Público.

El representante del Ministerio Público no rindió concepto dentro del asunto objeto de resolución.

2.- CONSIDERACIONES

2.1.- Caducidad y competencia.

Competencia. Por la naturaleza del asunto, la cuantía de las pretensiones y el último lugar donde prestó el servicio la accionante, este Juzgado es competente en primera instancia para resolverlo (artículos 138, 155-2 y 156-3 de la Ley 1437 de 2011).

Caducidad. El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho impulsado por la señora MOLINA DE ATENCIO no ha caducado atendiendo que se trata de la reliquidación de una prestación periódica y los aparentes derechos que de ésta se derivan.

2.2.- Problema jurídico.

Como se fijó en la audiencia inicial llevada a cabo el 13 de diciembre de 2018, el problema jurídico se centrará en determinar la procedencia de ordenar el reintegro de los aportes efectuados por la señora MARIA INES MOLINA DE ATENCIO a partir del cumplimiento de las 1250 semanas cotizadas al sistema de pensiones, y el ajuste pensional aplicando una tasa de reemplazo del 90% conforme al Decreto 758 de 1990, con el respectivo pago de intereses.

2.3.- Marco jurídico.

Como fuente del derecho para proferir esta sentencia se tendrán en cuenta las siguientes normas de rango legal:

- Decreto 758 de 1990, el cual aprobó el Acuerdo 049 de 1990; Ley 100 de 1993, Ley 797 de 2003, y Acto Legislativo 01 del año 2005.

Y las reglas jurisprudenciales contenidas en los siguientes pronunciamientos:

Del Consejo de Estado:

- Sección Segunda C.P. WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ decisión del 1º de agosto de 2016 proferida dentro del proceso con radicado número: 25000-23-42-000-2013-01486-01(3962-14) en la cual se indica que el acto de reliquidación pensional es autónomo.
- Sección Quinta, sentencia del 18 de febrero de 2016, proferida dentro del proceso con radicado 81001-23-33-000-2012-00039-04 CP. ROCÍO ARAUJO OÑATE en la que la Corporación señala que el acto administrativo revocado que produjo efectos jurídicos en el tiempo y en el espacio es susceptible de control por la jurisdicción contencioso administrativa.
- Sección Segunda, Sentencia del 8 de febrero de 2009 exp. 15298 C.P. María Inés Ortiz Barbosa, que analiza la falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos.

De la Corte Constitucional:

- Sentencias SU-769 de 2014 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-090 de 2009, M.P. Humberto Sierra Porto y T-093 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva - acumulación de semanas cotizadas al ISS, y a otras entidades administradoras de pensiones en múltiples ocasiones.
- Sentencias C-789/02 M.P. Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL, y C-378 de 1998 Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA - destino de los aportes pensionales - fondo común.
- Sentencia C-596 de 1997 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, en la cual se refirió a la diferencia entre derechos adquiridos y expectativas de derechos en materia de pensiones.

De la Corte Suprema de Justicia:

- Sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve - Radicación N° 41368 Acta N° 07 del 6 de marzo de 2012 - devolución de aportes.

2.4.- Tesis

El Juzgado no accederá a las pretensiones de la demanda por considerar que los actos administrativos objeto de control jurisdiccional se encuentran ajustados a la legalidad.

Se sustentará la tesis bajo los siguientes argumentos: (i) Lo probado en el proceso; (ii) La presunción de legalidad del acto administrativo; (iii) La falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos; (iv) Fundamento legal en materia de pensiones de vejez y su evolución normativa; (v) Los requisitos para acceder a la pensión de vejez bajo el régimen del Decreto 758 de 1990 (Acuerdo 049 de 1990) – la exclusividad en las cotizaciones al ISS; (vi) La devolución de los valores correspondiente a las semanas cotizadas en exceso y (vii) El caso concreto.

2.5.- Razones de la decisión

PRIMERA.- Lo probado en el proceso

- La actora nació el 17 de julio de 1953 –fl. 8-.
- A través de la Resolución No. GNR 314645 del 22 de noviembre de 2013 COLPENSIONES reconoció a la señora MARIA INES MOLINA DE ATENCIO una pensión vitalicia de vejez, acreditando para esa fecha 1923 semanas de cotización, aplicando por favorabilidad un IBL de \$1.270.405 y una tasa de remplazo del 79.42%, arrojando un valor de la pensión mensual de 1.008.956 -fls. 89 a 95.
- La actora se desvinculó laboralmente el 1 de abril de 2014 –*reverso del fl- 10 y fl. 96*, habiendo laborado desde el 1º de octubre de 1975 al 1º de abril de 2014 en la Superintendencia de Notariado y Registro.
- Mediante la Resolución GNR 410034 del 17 de diciembre de 2015 COLPENSIONES le negó a la señora MOLINA DE ATENCIO la reliquidación pensional y devolución de valores por concepto de cotizaciones efectuadas con destino a pensión –*fls.10 a 14*, no obstante, a pesar de haber sido confirmado el acto mediante la Resolución No. GNR 56821 del 23 de febrero de 2016 al resolver un recurso de reposición –*fls. 24 a 27*, dicho acto fue posteriormente revocado con la Resolución VPB 17328 del 15 de abril de 2016, a través del cual se ordenó la reliquidación pensional ordenando su disfrute a partir del 1º de abril de 2014, pero negando el reconocimiento de intereses moratorios e indexación. A la fecha de expedición del citado acto administrativo la actora contaba con 1970 semanas de cotización –*fls.29 a 32*.
- Del citado acto también se extrae que posteriormente, a través de la Resolución No. GNR 273917 del 1 de agosto de 2014, se realizó un nuevo estudio, liquidando la prestación sobre un ingreso de \$1.270.405, aplicando una tasa de reemplazo del 79.42%, y como resultado una mesada de \$1.008.956, de acuerdo con lo previsto en la Ley 797 de 2003 –fl- 10; y luego, con la Resolución No. VPB 15904 del 12 de septiembre de 2014, se efectuó un nuevo estudio arrojando en esta ocasión un monto de mesada pensional que ascendió a \$1.034.878. En este acto administrativo se niega el reconocimiento de la prestación a la luz de lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por el hecho de no acreditar la accionante 500 semanas cotizadas exclusivamente al ISS dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, ni 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo, solo 821 semanas, de las 1944 efectivamente cotizadas. –fl-11.

Del medio magnético que obra a folio 77 podemos deducir lo siguiente con respecto a la señora MARIA INES MOLINA DE ATENCIO:

- Aportó desde el 1° de octubre de 1975 al 31 de enero de 1994 a CAJANAL, desde el 1° de febrero de 1994 al 31 de octubre de 1997 a FONPRENOR, y a partir del 1° de noviembre de 1997 al 30 de agosto de 2012 al INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL.
- Recibió por concepto de factores salariales: la asignación básica mensual y bonificación por servicios prestados, durante los años 2002 al 2012.
- A través de la Resolución No. VPB 36404 del 19 de septiembre de 2016 COLPENSIONES dando alcance al recurso de apelación resuelto mediante la Resolución No. VPB 17328 del 15 de abril de 2016 reliquidó la pensión de vejez reconocida a la actora, acreditando en esta un total de 1970 semanas laboradas, 63 años de edad, manteniendo el fundamento de la inaplicabilidad del Decreto 758 de 1990, por contar con 834 semanas cotizadas al ISS posteriores al 1° de abril de 1994, definiendo la prestación por tanto, con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, por considerar ésta más favorable para la pensionada.

Precisiones previas en cuanto al material probatorio allegado:

Es necesario aclarar que si bien de las pruebas allegadas en forma posterior a la audiencia inicial llevada a cabo el 13 de diciembre de 2018 se colige que obran otros actos administrativos que resolvieron la situación pensional de la actora, para este Despacho el acto que niega la petición de reajuste o reliquidación pensional demandado es autónomo, y por consiguiente no requiere de demanda conjunta con el acto de reconocimiento pensional y otros que hayan puesto de manifiesto la voluntad de la administración sobre la prestación.

Al respecto el H. Consejo de Estado ha indicado⁶:

"Cuando se demanda el acto que negó la reliquidación de una pensión de jubilación, sea este expreso o presunto, no existe la obligación de demandar la pluralidad de declaraciones que la entidad haya proferido con anterioridad a la decisión que se pretende cuestionar por vía de legalidad. Bajo los anteriores presupuestos, se entiende que no se configura la inepta demanda en el caso sub judice, como quiera que es viable acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativa para demandar únicamente el acto que negó el reconocimiento del reajuste o reliquidación pensional, sin necesidad de demandar el acto inicial o de reconocimiento pensional y por tanto tampoco es exigible el recurso de apelación frente a este último".

También es dable precisar que si bien mediante la Resolución GNR 410034 del 17 de diciembre de 2015 COLPENSIONES le negó a la señora MOLINA DE ATENCIO la reliquidación pensional y devolución de valores por concepto de cotizaciones efectuadas con destino a pensión, acto que fue confirmado mediante la Resolución No. GNR 56821 del 23 de febrero de 2016 al resolver un recurso de reposición, tenemos que el primero de los citados fue posteriormente revocado con la Resolución VPB 17328 del 15 de abril de 2016, lo que en principio haría concluir que por verificarse el decaimiento del mismo no se hace necesario efectuar el control de legalidad del mismo, por sustracción de

6 CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION A C.P. WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ decisión del 1° de agosto de 2016 proferida dentro del proceso con radicado número: 25000-23-42-000-2013-01486-01(3962-14) Actor: CONSUELO M.D.J. Demandado: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. Y OTROS Tema: Excepción de oficio. Ineptitud sustantiva de la demanda.

materia, no obstante, el Consejo de Estado⁷ se ha pronunciado al respecto en los siguientes términos:

"En la medida en que los actos administrativos produzcan efectos, se trate de actos de carácter general o particular, podrán ser controlados por el juez contencioso administrativo aún en el evento en que hayan sido derogados o revocados con posterioridad a su expedición porque, precisamente, la revocatoria impide que el acto revocado se aplique hacia el futuro, empero, no desvirtúa la presunción de legalidad que sirvió de sustento para producir los efectos jurídicos que se dieron cuando el acto administrativo tuvo eficacia, comoquiera que esta labor es del resorte exclusivo del juez contencioso administrativo.

Por lo anterior, un acto administrativo revocado que produjo efectos jurídicos en el tiempo y en el espacio es susceptible de control por la jurisdicción contencioso administrativa, quien finalmente decidirá si dicho acto revocado fue expedido en su momento observando los elementos de validez: competencia, objeto, forma, causa y finalidad. De esta manera, no podría configurarse la denominada sustracción de materia."

SEGUNDA.- La presunción de legalidad del acto administrativo.

El Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el artículo 88 define la presunción de legalidad del acto administrativo así "Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar"

Por esta razón la manifestación de la voluntad de la administración goza de presunción de legalidad, es decir, es de obligatorio cumplimiento y de ejecutividad, mientras no sea anulada o suspendida por el (la) Juez Administrativo.

De esta manera, para que el (la) Juez pueda anular un acto administrativo debe analizar los elementos que lo conforman y la argumentación que se presente en la demanda en el acápite de normas violadas y concepto de violación, tema que se desarrolla a continuación.

TERCERA.- La falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos.

Ahora bien, el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 establece como una de las causales de nulidad de los actos administrativos, la falsa motivación.

"Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió..."

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 8 de febrero de 2009. Expediente 15298. Consejera Ponente Dra. María Inés Ortiz Barbosa, señala:

⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 18 de febrero de 2016, radicación 81001-23-33-000-2012-00039-04 CP. Rocío Araujo Oñate.

"(...) Sobre esta causal de anulación la Sala ha precisado que es el vicio que afecta el elemento causal del acto administrativo, referente a los antecedentes legales y de hecho previstos en el ordenamiento jurídico para provocarlo, es decir, que las razones expuestas por la Administración al tomar la decisión, sean contrarias a la realidad.

La causa o motivo de los actos administrativos (elemento causal) se conforma de los fundamentos de hecho y de derecho que son los que determinan la decisión que la Administración adopta, así cuando existe falsa motivación, se entiende que la sustentación fáctica en que se apoya no corresponde a la realidad"

CUARTA.- Fundamento legal en materia de pensiones de vejez y su evolución normativa.

En nuestro país han existido tres regímenes pensionales generales desde el año 1990, los cuales comparten entre sí dos requisitos para acceder a esta prestación i) haber cumplido la edad; y ii) demostrar el número de semanas mínimas cotizadas requeridas.

Y para determinar su aplicación analizaremos cada uno de éstos, así:

El Decreto 758 de 1990, el cual aprobó el Acuerdo 049 de 1990 del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, establece en su artículo 12 las condiciones para acceder a la pensión de vejez así: i) tener 60 años en el caso de los hombres o 55 en el de las mujeres; y ii) haber cotizado al menos 500 semanas en los 20 años previos al cumplimiento de la edad, o 1000 semanas en cualquier tiempo.

La citada norma textualmente reza:

"Artículo 12. Requisitos de la pensión por vejez. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

- a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,*
- b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo."*

Esta normativa fue derogada por la Ley 100 de 1993, la cual reguló el sistema de Seguridad Social Integral con el propósito de lograr mayor cobertura. Su vigencia inició el 1º de abril de 1994 y derogó las normas que le fueran contrarias. El artículo 33 modificó los requisitos para acceder a la pensión de vejez en los siguientes términos: i) tener 55 años de edad si es mujer, o 60 años si es hombre; y haber cotizado un mínimo de 1000 semanas en cualquier tiempo, al señalar literalmente:

"Artículo 33. Requisitos para obtener la pensión de vejez. Para tener 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 de edad si es hombre.*
- 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1.000) semanas en cualquier tiempo."*

Ahora bien, el artículo 36 de la mencionada ley estableció un régimen de transición que cobijaba a los trabajadores que, debido a su edad o al tiempo que habían trabajado, tenían expectativas legítimas de acceder a la pensión de vejez una vez acreditaran los requisitos que se encontraban dispuestos en otras normas, por lo que determinó lo siguiente:

"Artículo 36. Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley." (Subrayado fuera del texto original).

De esta manera, estableció que las personas que al momento de entrar en vigencia dicha norma estuvieran i) afiliadas al Sistema General de Pensiones y ii) tuvieran 35 años de edad o más en el caso de las mujeres, o 40 años o más para los hombres; o iii) 15 años o más de servicios, consolidarían el derecho a la pensión de vejez de acuerdo a los requisitos exigidos por el régimen anterior al que se encontraran afiliados.

Así las cosas, para que una persona fuera beneficiaria de las normas de transición, tenía que acreditar la edad o el tiempo de servicios requerido, y estar afiliada al Sistema de Seguridad Social para el 1º de abril de 1994. Por lo tanto, quienes pretendían acogerse a éste debían cotizar al extinto Instituto de Seguros Sociales o a cualquier régimen pensional vigente para la época, en tanto que la finalidad de la norma era garantizar a las personas que habían cotizado al sistema durante cierta cantidad de tiempo, el acceso a la pensión de vejez bajo las condiciones anteriores.

Entonces, el régimen de transición pensional se tiene como un mecanismo que creó la Ley 100 de 1993 para proteger los derechos adquiridos y las expectativas legítimas de los afiliados respecto al derecho a pensionarse con las reglas o normas vigentes antes de la entrada en vigencia de la mencionada ley 100 de 1993, norma que implicó el agravamiento de los requisitos para acceder a la pensión, siendo natural que una persona a la que le faltaba poco tiempo para pensionarse resultara afectada con el cambio normativo, permitiendo así a los afiliados beneficiados con dicho régimen pensionarse con los requisitos de edad, tiempo y monto de pensión vigentes antes del 1 de abril de 1.994, que sin duda le eran más beneficiosos.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-596 de 1997 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) se ha referido a la diferencia entre derechos adquiridos y expectativas de derechos en materia de pensiones, al sostener que se ha adquirido un derecho cuando se cumplen las condiciones consagradas en la ley para acceder a él, de lo contrario se trata de meras expectativas, así, cuando las personas no han cumplido los requisitos para acceder a la pensión antes del tránsito legislativo, lo que dichas personas tienen son simples expectativas legítimas o expectativas de derechos, las cuales no son objeto de la protección consagrada en el artículo 58 de la Carta Política.

En el aparte respectivo la Corte en la citada sentencia dijo:

*"Justamente por cuanto los derechos a la seguridad social no se tienen por el simple hecho de ser persona humana, como sí sucede con los derechos fundamentales o derechos de primera generación, **para ser titular de ellos es necesario acreditar el cumplimiento de los requisitos que la ley, de manera general, impone para adquirirlos. Cuando, en vigencia de la ley que señala tales requisitos, estos llegan a cumplirse, se habla de***

derecho adquirido en materia de seguridad social. Cuando, por el contrario, durante el término de vigencia de la ley que prescribe tales condiciones, la persona que aspira a la titularidad de ellos está en vía de cumplirlas, se habla de expectativa de derecho.

"Las consecuencias jurídicas en uno y otro supuesto son bien distintas: los derechos adquiridos, al tenor del artículo 58 la Carta Política, no pueden ser desconocidos por leyes posteriores; no así las simples expectativas de derecho."

"Para el caso concreto de las personas a las que se refiere la norma demandada, esto es las personas beneficiarias del régimen de transición al que se ha hecho referencia en esta Sentencia, resulta evidente que, por cuanto ellas, al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993 no habían cumplido aún con los requisitos exigidos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez por el régimen pensional al cual estuvieran afiliadas, no habían adquirido ningún derecho en tal sentido, y sólo tenían al respecto una expectativa de derecho..." (Subrayado y resaltado fuera de texto).

En virtud de lo anterior, no resultaría admisible el argumento en el sentido de que quienes cumpliendo la edad y teniendo afiliación vigente al momento de entrar a regir el sistema de pensiones de la Ley 100 de 1993, consolidaron en su cabeza una situación jurídica o adquirieron un derecho, pues ello se sujeta al hecho de haber adquirido el derecho a la pensión bajo la norma anterior, hasta tanto se traduce ello en una expectativa legítima.

En efecto, al entrar a regir la Ley 100 de 1993, una de las condiciones para ser beneficiario del régimen de transición y tener la expectativa de acceder al régimen de transición era precisamente no renunciar al sistema de prima media con prestación definida.

En consecuencia, quienes fueron cobijados con el régimen de transición pensional, que por supuesto fueron personas que aún no se habían pensionado, tendrían ese derecho bajo las reglas antiguas a pesar de haber cumplido los requisitos para pensionarse en vigencia de la nueva ley que consideró condiciones distintas.

Por su parte, la Ley 797 de 2003 "Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales" modificó en algunos aspectos la Ley 100 de 1993, y respecto al tema que nos ocupa, en su artículo 9º dispuso que el artículo 33 de tal normativa sería modificado, y en consecuencia, incrementaría a 57 años para las mujeres y a 62 para los hombres la edad para acceder a esta prestación. En el mismo sentido, el número de semanas cotizadas varió puesto que a partir del 1º de enero de 2005 aumentó en 50, y desde el 1º de enero de 2006 aumentó en 25 cada año hasta llegar a 1.300 en el 2015, en el siguiente tenor literal:

"Artículo 9º. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

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”.

Luego, el Legislador expidió el Acto Legislativo 01 en el año 2005, a través del cual le impuso un límite temporal al régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, de esta forma, en el parágrafo transitorio 4º estableció que este no podría extenderse más allá del 31 de diciembre de 2010, excepto para los trabajadores que al ser beneficiarios del mismo, tuviesen al menos 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios al 29 de julio de 2005 (fecha entró en vigencia la citada reforma constitucional), caso en cual se mantendría hasta el 31 de diciembre de 2014.

Lo anterior implica que las personas que pretendieran estar amparadas por el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 más allá del 31 de diciembre de 2010, debían haber alcanzado un número mínimo de cotizaciones con anterioridad al límite temporal impuesto por el mencionado Acto Legislativo.

Por ende, las personas que hayan logrado acogerse al régimen de transición de acuerdo con lo establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, anteriormente citado, tendrán como régimen pensional aquel en el que estuviesen afiliados.

De lo expuesto es posible concluir que en la actualidad aquellas personas que a 1º de abril de 1994 i) estaban afiliadas al extinto Instituto de Seguros Sociales; ii) contaban con 35 años o más en el caso de las mujeres o 40 años o más para los hombres, o 15 años de servicios cotizados; y iii) cumplieron con los requisitos temporales y de cotizaciones del Acto Legislativo 01 de 2005, son beneficiarias del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Estudiaremos ahora los requisitos para acceder a la pensión de vejez bajo el régimen del Decreto 758 de 1990 (Acuerdo 049 de 1990), como uno de los aspectos principales del litigio.

QUINTA.- Los requisitos para acceder a la pensión de vejez bajo el régimen del Decreto 758 de 1990 (Acuerdo 049 de 1990) – la exclusividad en las cotizaciones al ISS.

Sea lo primero precisar que los requisitos para acceder a la pensión de vejez previstos en el Decreto 758 de 1990 han sido reconocidos y reiterados en diferentes oportunidades por la H. Corte Constitucional⁸ la cual ha concluido que para que una persona se pueda pensionar con las condiciones de monto, de edad y de tiempo señaladas en este régimen debe: i) tener 60 o más años si es hombre o 55 años de edad si es mujer al momento de solicitar la pensión y ii) demostrar como mínimo 500 semanas de cotización dentro de los 20 años anteriores a cumplir la edad o 1000 en cualquier momento.

La jurisprudencia constitucional⁹ ha advertido que existen dos interpretaciones sobre el presupuesto de exclusividad de la cotización, la primera, según la cual las semanas requeridas deben ser cotizadas de forma exclusiva ante el ISS y, la segunda, que admite la acumulación de semanas cotizadas al ISS y a otras entidades administradoras de pensiones.

8 Ver Sentencias T-398 de 2009 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-583 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-093 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-637 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva Luis Ernesto Vargas Silva, T-201 de 2012 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T-360 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-408 de 2012 M.P. Mauricio González Cuervo.

9 Sentencia T-201 de 2012 M.P. Nilson Pinilla Pinilla

No obstante, la misma Corporación ha admitido la acumulación de semanas cotizadas al ISS, y a otras entidades administradoras de pensiones en múltiples ocasiones, tal y como se deduce de las Sentencias T-090 de 2009, M.P. Humberto Sierra Porto y T-093 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Lo anterior, en atención a i) el principio de favorabilidad; ii) el tenor literal de la norma; iii) los principios mínimos fundamentales que gobiernan el régimen laboral del artículo 53 Superior; y iv) las previsiones del régimen de transición, establecidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que permiten la acumulación de las cotizaciones efectuadas tanto al Instituto de Seguros Sociales, como a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado.

En efecto, en la sentencia SU-769 de 2014¹⁰ la Sala Plena de la Corte Constitucional estudió una acción de tutela formulada por una persona a la que se le negó el reconocimiento de la pensión de vejez, porque las cotizaciones no se habían efectuado de forma exclusiva ante el ISS, esto, a pesar de que contaba con más de 500 semanas dentro de los 20 años previos al cumplimiento de la edad de acuerdo con la exigencia del artículo 12 del Decreto 758 de 1990.

En el análisis del caso, la Corte destacó la previsión de la Ley 100 de 1993, en cuanto a la posibilidad de acumular las cotizaciones efectuadas ante diversas cajas o fondos de previsión social y se reiteró, con base en la jurisprudencia constitucional, que para el reconocimiento de la pensión de vejez: "*(...) es posible acumular los tiempos de servicios cotizados a las cajas o fondos de previsión social, con las semanas de cotización efectuadas al Instituto de Seguros Sociales, por cuanto la exclusividad en los aportes a esta entidad se trata de un evento no contemplado en el Acuerdo 049 de 1990.*"

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en aplicación del principio de favorabilidad y según las exigencias establecidas en el Decreto 758 de 1990, ha concluido, de forma reiterada y pacífica, que es posible la acumulación de las cotizaciones efectuadas al ISS y a otras entidades de seguridad social para la determinación del requisito de cotización exigido en la disposición referida.

SEXTA.- La devolución de los valores correspondiente a las semanas cotizadas en exceso.

Sobre este tópico, en primer lugar es menester indicar que la señora MARIA INES MOLINA DE ATENCIO hace parte del régimen de prima media, régimen del sistema general de pensiones que es gestionado por el Estado (Colpensiones) y en el que los aportes individuales entran a un fondo común que luego financiará la pensión de quienes adquieran ese derecho. De esta manera los aportes a pensión y sus rendimientos, se constituyen en un fondo común de naturaleza pública.

El régimen de prima media se encuentra regulado por los artículos 31 y siguientes de la Ley 100 de 1993, y es un régimen solidario en el que las pensiones son financiadas por aportes, los cuales se consignan en un fondo común del cual se paga la pensión de los afiliados que van adquiriendo del derecho a pensionarse.

La Corte Constitucional en Sentencia C-789/02 (M.P. Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL), señala:

"En el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 al cual pertenecen los incisos demandados, se configura un régimen de transición en pensiones, que hace parte de las instituciones pertenecientes a la prestación social denominada pensión de vejez[4]. A su vez el sistema general de pensiones contempla dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, a saber: el régimen solidario de prima media con prestación definida o tradicional del ISS, y el régimen de ahorro individual con solidaridad. Es importante resaltar que tanto los trabajadores del sector público como los del sector privado pueden elegir libremente entre cualquiera de estos dos regímenes que estimen más conveniente.

El primero, es decir el régimen solidario de prima media con prestación definida, es un sistema en el cual los afiliados o beneficiarios obtienen la pensión de vejez, de invalidez, de sobrevivientes, o una indemnización, las cuales se encuentran de antemano definidas. Esto ocurre siempre y cuando se cumplan los requisitos legales exigidos, independientemente del monto de las cotizaciones acumuladas. En este régimen, los aportes y los rendimientos de los afiliados y de los empleadores constituyen un fondo común de naturaleza pública, y como se mencionó, tanto el monto de la pensión, como la edad de jubilación y las semanas mínimas de cotización, se encuentran previamente establecidas.

Por su parte, en el régimen de ahorro individual con solidaridad los aportes efectuados por los afiliados durante su vida laboral y sus rendimientos, se capitalizan en forma individual en un fondo privado de capitalización con el fin de obtener el pago de las correspondientes pensiones. En este régimen, el monto de la pensión es variable y depende de varios factores como el monto acumulado en la cuenta, la edad a la cual decida retirarse el afiliado, la modalidad de la pensión, las semanas cotizadas y la rentabilidad de los ahorros acumulados. En este sistema, la pensión también se adquiere como derecho, una vez cumplidos los requisitos exigidos en la ley..."

La misma Corte en Sentencia C-378 de 1998 -Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA, precisó:

"La ley 100 de 1993, estableció dos regímenes de administración a los que pueden estar sometidos los recursos originados en los aportes que están obligados a pagar trabajadores y empleadores, para efectos de cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte. Estos son: el régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro con solidaridad.

La finalidad de estos regímenes es igual: el cubrimiento de los riesgos enunciados. Sin embargo, las características de uno y otro son disímiles.

En el régimen de prima media con prestación definida, según la definición que de él hace la propia ley 100 de 1993, es aquel "mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas" (artículo 31 de la ley 100 de 1993). En éste, los aportes de los trabajadores y empleadores, constituyen un fondo común, del cual se extraen los recursos necesarios para cubrir la pensión, si el afiliado cumple los requisitos para acceder a ella.

Por su parte, el régimen de ahorro individual con solidaridad, se basa "en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros..." (artículo 59 de la ley 100 de 1993), en donde la cuantía de la pensión dependerá "de los aportes de los afiliados y empleadores, sus rendimientos financieros, y de los subsidios del Estado, cuando a ellos hubiere lugar"(artículo 60, literal a) de la ley 100 de 1993).

A diferencia del sistema de prima media con prestación definida, en el que los aportes de cada afiliado ingresan a un fondo común, en el régimen de ahorro individual con solidaridad, éstos se destinan a una cuenta individual de ahorro para cada afiliado. Como puede observarse, la diferencia en este punto es básica para efectos de contestar los cargos de la demanda, pues la administración de los recursos en uno y otro régimen responden a conceptos diferentes.

Así, el conjunto de cuentas individuales de ahorro, según el literal d) del artículo 60 de la ley 100 de 1993, constituyen un patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados, administrado por las entidades que se autoricen para tal efecto. A diferencia del régimen de solidaridad de prima media con prestación definida, donde se constituye un fondo común de naturaleza pública, administrado por el Instituto de Seguros Sociales, y las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes al momento de entrar en vigencia la ley 100 de 1993 (diciembre 23 de 1993).

Administración que en uno y otro caso, se encuentra bajo el control del Estado, tal como lo ordena el artículo 48 de la Constitución, a través de la Superintendencia Bancaria.

Para el demandante, el carácter público que le otorga el inciso acusado al fondo que se constituye con los aportes de los trabajadores y empleadores en el régimen solidario de prima con prestación definida, desconoce los derechos a la propiedad (artículo 58 de la Constitución) y a la seguridad social (artículo 48 de la Constitución), pues, en su concepto, no existe razón alguna para que los dineros que aportan los trabajadores y empleadores al sistema de seguridad social, en el régimen mencionado, tengan una naturaleza pública, convirtiéndolos en recursos del Estado, y permitiendo un manejo, como si se tratase de recursos propios de la Nación.

Como puede entreverse, el actor otorga a la definición que hace el inciso acusado del fondo común, que se constituye con los dineros que aportan trabajadores y empleadores, en el régimen solidario de prestación media con prestación definida, unas consecuencias que, como se entrará a explicar, no corresponden a la realidad, y que conducen, por tanto, a concluir que los cargos de la demanda no están llamados a prosperar. Veamos.

Los dineros que aportan trabajadores y empleadores al sistema de seguridad social, por sus características, son recursos de carácter parafiscal, pues responden a las características con que la Constitución, la ley y la jurisprudencia han definido esta clase de rentas. Al respecto, basta citar el artículo el artículo 29 del decreto 111 de 1996, que compila las leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995, según el cual las contribuciones parafiscales son "...los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable.

"Las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que formen parte del presupuesto General de la Nación se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales y su recaudo por los órganos encargados de su administración."

Así, los aportes que tanto trabajadores como empleadores hacen al sistema de seguridad social, bien sea en el régimen de prima media con prestación definida, como en el régimen de ahorro individual, responde a las características descritas, pues: 1) Los trabajadores y empleadores deben, en forma obligatoria, realizar los aportes según las cuantías establecidas por la ley; 2) Estos aportes redundan en beneficio del trabajador y exoneran al empleador de asumir los riesgos que entran a cubrir las entidades correspondientes; 3) La administración y destinación de estos recursos la establece expresamente la ley 100 de 1993.

Con fundamento en estas características, es claro que, independientemente de la naturaleza pública o privada del ente que administra los aportes destinados a la seguridad social, estos recursos, en ningún caso, entran a formar parte del patrimonio de éstas y su destinación, debe ser la que expresamente ha señalado la ley: el cubrimiento de los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

"(...)"

*La Corte entiende que la definición que el inciso acusado hace del fondo común en el régimen de prestación media con prestación definida como de naturaleza pública, es para denotar su contraposición con el régimen de ahorro individual, donde cada afiliado posee su cuenta de ahorro individual y como tal, su aporte no es utilizado para garantizar las pensiones de otros afiliados. **A diferencia de lo que sucede con el régimen de prima media con prestación definida, en el cual, los aportes entran a formar parte de un fondo común que pertenece a todos los afiliados...** (Resalta el Despacho).*

Ahora, en lo referente a la normatividad citada por el mandatario judicial de la parte actora en la reforma de la demanda en búsqueda de lograr la pretendida devolución de aportes (Decretos 1161 de 1994 y 1406 de 1999), agrega esta Agencia Judicial que la Corte Suprema de Justicia ha emitido pronunciamiento al respecto, considerando¹¹:

"De otro lado, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, consagra la manera como debe distribuirse la cotización para el cubrimiento de las contingencias de invalidez, vejez y muerte y claramente estatuye que el Gobierno Nacional reglamentará el funcionamiento de las cuentas separadas en el Instituto de Seguros Sociales y demás entidades administradoras de prima media, de manera que en ningún caso se puedan utilizar recursos de las reservas de pensión de vejez para gastos administrativos u otros fines distintos a pagar pensiones.

Por el contrario, el régimen de Ahorro Individual con solidaridad tiene, entre otras, las siguientes características: a) las prestaciones a su cargo dependerán de los aportes de los afiliados y empleadores, sus rendimientos financieros, y de los subsidios del Estado, cuando a ellos hubiere lugar, es decir, en principio, no están supeditadas a requisitos de edad y de cotización; b) cada afiliado sólo puede tener una cuenta de ahorro individual; c) en desarrollo del principio de solidaridad, el Estado aportará los recursos que sean necesarios para garantizar el pago de pensiones mínimas, cuando la capitalización de los aportes de los afiliados y sus rendimientos financieros fueren insuficientes, y aquéllos cumplan las condiciones requeridas para el efecto; d) Los afiliados al sistema podrán escoger y trasladarse libremente entre entidades administradoras, y seleccionar la aseguradora con la cual contraten las rentas o pensiones; e) Los afiliados sólo podrán cotizar a una administradora, aunque presten servicios a varios empleadores, o sean, a la vez, trabajadores dependientes e independientes.

Dichos regímenes se encuentran regulados por el artículo 4° de la Ley 797 de 2003, que modificó el 17 de la Ley 100 de 1993 en cuanto a que es deber de los empleadores y trabajadores efectuar las cotizaciones obligatorias, durante la vigencia de la relación laboral, deber que cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente. Así mismo, lo dispone el artículo 19 del Decreto 692 de 1994.

En este contexto, resulta palmario que dadas las especiales características de los dos regímenes excluyentes, no es dable aplicar, en el sub examine, el principio de igualdad instituido en el artículo 13 de la Constitución Política, entre los afiliados en uno y otro, por la potísima razón de que los supuestos fácticos y jurídicos de comparación son disímiles.

En otro orden de consideraciones, bueno es destacar que dentro de los principios fundamentales que inspiran el sistema general de seguridad social están el de solidaridad y sostenibilidad.

¹¹ Sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve - Radicación N° 41368 Acta N° 07 del 6 de marzo de 2012.

El primero de solidaridad encuentra su respaldo no sólo en el artículo 1º de la Constitución Política, sino también en la misma Ley 100 de 1993, al disponer que se materializa en la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades, bajo el principio del más fuerte hacia el más débil; por ello esta Sala ha entendido que la solidaridad se impone como deber jurídico, en la medida en que es fundamental dentro de un sistema contributivo en el que los afiliados cumplen con sus aportes. Es bajo este esquema que el legislador introdujo la exigencia de niveles mínimos de cotizaciones, como requisito para acceder a prestaciones a favor de quien pierde capacidad laboral, o de la familia afectada con el desaparecimiento de uno de sus integrantes en plena actividad productiva, a condición de que cuando fueron activos se hubieren ocupado de su propia suerte o hubieren contribuido al fondo común que supone el régimen de prima media (sentencia de 21 de septiembre de 2010, radicación 37182).

Y el segundo de la sostenibilidad financiera del sistema, tiene como eje fundamental, el que: (i) se forma con el tiempo un capital de tal dimensión que permite financiar las prestaciones que posteriormente se habrán de asumir; (ii) las reservas deben ser gestionadas por las administradoras de pensiones, y (iii) sus rendimientos pasen a formar parte de ese fondo. Su asidero descansa en el acto legislativo 01 de 2005.

Por manera que iría en contravía de los principios en precedencia permitir que en el régimen de prima media con prestación definida se pueda disponer de los aportes, aunque superen las semanas máximas que establece la ley para el reconocimiento de las diferentes prestaciones.

Es de resaltar, para abundar en claridad, que dicha figura tampoco está permitida por el estatuto de seguridad social, ni siquiera se autoriza cuando un afiliado al sistema general de riesgos profesionales se invalide o muera como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, pues en tal evento, además de la pensión de invalidez o de sobrevivientes que deberá reconocerse de conformidad con la ley, se entregará al afiliado o a los beneficiarios la indemnización sustitutiva prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, mas no, repítase, los aportes.

Y si bien los artículos 9º y 55 de los Decretos 1161 de 1994 y 1406 de 1999, respectivamente, consagran la posibilidad de devolución de aportes, lo permiten sólo para aquellos eventos en que se ha presentado exceso en las consignaciones de las respectivas cotizaciones, por parte de los empleadores o trabajadores independientes. Esto dice la letra b) de la primera disposición: "En segundo lugar se procederá a informar el hecho al correspondiente empleador o trabajador independiente, a fin de que manifiesten si prefieren que las sumas pertinentes les sean devueltas, se abonen como un pago efectuado en forma anticipada o, tratándose del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se abonen como cotizaciones voluntarias en las respectivas cuentas de capitalización individual". (Subrayas en negrilla del Juzgado)

SÉPTIMA.- El caso concreto

Tenemos que mediante la Resolución No. GNR 314645 del 22 de noviembre de 2013 COLPENSIONES reconoció a la señora MARIA INES MOLINA DE ATENCIO una pensión vitalicia de vejez, acreditando para esa fecha 1923 semanas de cotización. Para ese fin se aplicó una tasa de remplazo del 79.42%.

También se encuentra acreditado que la accionante se desvinculó laboralmente el 1 de abril de 2014, habiendo laborado desde el 1º de octubre de 1975 al 1º de abril de 2014 en la Superintendencia de Notariado y Registro, y nació el 17 de julio de 1953, lo que quiere decir que, para cuando entró en vigencia la Ley

100 de 1993 (1 de abril de 1994), contaba con más de 40 años de edad y algo más de 18 años de servicio.

Es necesario aclarar que la entidad demandada no desconoce en forma alguna que la señora MOLINA DE ATENCIO es beneficiaria del régimen de transición contenido en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, sin embargo ha considerado que no le es aplicable el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, sino la Ley 797 de 2003, principalmente por el hecho de que aquella aportó desde el 1° de noviembre de 1997 al 30 de agosto de 2012 al SEGURO SOCIAL, sin tener en cuenta los aportes efectuados anteriormente, esto es, desde el 1° de octubre de 1975 al 31 de enero de 1994 a CAJANAL y desde el 1° de febrero de 1994 al 31 de octubre de 1997 a FONPRENOR.

Así las cosas, en principio no sería de recibo el argumento expuesto por COLPENSIONES para negar a la actora la reliquidación pensional, ya que en primer lugar cumplió los sesenta (60) años el 17 de julio de 2013 y contaba con más de las mil (1000) semanas cotizadas, no obstante, como se puede observar, la señora MOLINA DE ATENCIO efectuó aportes al ISS a partir del 1° de noviembre de 1997, es decir, después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, así las cosas, si bien no es obligatorio cotizar de manera exclusiva al ISS, como quedó sentado en esta providencia, es menester precisar que, frente a un tránsito legislativo, el acceso al régimen de transición en pensiones no constituye un derecho adquirido sino una expectativa legítima, si al momento de entrar en vigencia el SGP el trabajador no había cumplido con todos requisitos exigidos por la ley para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez, conforme con el régimen al cual se encontraba afiliado, para el caso concreto, haber realizado aportes al ISS antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que permitiera la aplicación del aludido Decreto 758 de 1990.

Como se dijo, el régimen de transición protege el derecho de las personas a pensionarse bajo los baremos del régimen para el cual venían efectuando cotizaciones a pensión. En este caso particular la accionante realizaba, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sus aportes a la Caja Nacional de Previsión Social, entidad de previsión que gobernaba el régimen general de pensiones contenido en la Ley 33 de 1985.

De este modo, la accionante tenía una expectativa legítima respecto de la pensión de vejez en los términos de la Ley 33 de 1985 –normatividad que no se pide estudiar en la demanda-, y no respecto del Decreto 758 de 1990, régimen para el cual efectuó aportes con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

Tampoco se accederá a devolución alguna por concepto de aportes pensionales realizados en exceso, por cuanto dichas reservas y sus rendimientos hacen parte de un fondo común propio de un sistema contributivo basado en la solidaridad, y además lo reglado por los Decretos 1161 de 1994 y 1406 de 1999 consagran dicha posibilidad, pero sólo para aquellos eventos en que se ha presentado exceso en las consignaciones de las respectivas cotizaciones, por parte de los empleadores o trabajadores independientes o, en tratándose del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sean abonados como cotizaciones voluntarias en las respectivas cuentas de capitalización individual, circunstancias ajenas a las que se ha encontrado la señora MOLINA DE ATENCIO.

Por considerarse accesoria la pretensión de la demanda relacionada con el pago de intereses causados sobre el monto que se pretendía obtener como devolución, seguirá ésta la misma suerte de la pretensión principal.

SENTENCIA REDE No. 123 de 2019
EXPEDIENTE 190013333008201600301-00
ACTOR MARIA INES MOLINA DE ATENCIO
DEMANDADO COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Teniendo en cuenta lo anterior, no se declarará la nulidad de los actos administrativos enjuiciados.

3.- COSTAS PROCESALES - AGENCIAS EN DERECHO

De conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, se condenará en costas a la parte vencida en juicio. En este caso, a la parte accionante.

Las agencias en derecho se fijan en el 0.5% de la cuantía del proceso estimada en la demanda.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar probadas las excepciones de "cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación" e "improcedencia del pago de intereses" formuladas por la entidad demandada, según lo indicado en esta providencia.

SEGUNDO: Negar las pretensiones de la demanda.

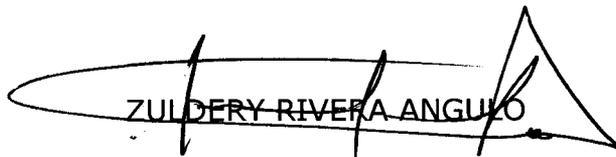
TERCERO: Condenar en costas a la parte accionante, las que se liquidarán por Secretaría del Juzgado. Las agencias en derecho se fijan en el 0.5% de la cuantía del proceso estimada en la demanda.

CUARTO: Notificar esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo señalado en el artículo 295 del Código General del Proceso.

QUINTO: Archivar el expediente previa cancelación de su radicación, una vez cobre ejecutoria esta providencia. Por secretaría liquídense los gastos del proceso.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

La Jueza,


ZULDERLY RIVERA ANGULO

