



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Bogotá D. C. 18 JUL. 2018

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2016-00242-00

Demandante: EDILMA BARRETO DE CABRA

Demandado: COLPENSIONES

Tema: Reliquidación pensional Ley 100 de 1993

Sentencia: 66

De conformidad con lo señalado en audiencia inicial de fecha 29 de junio de 2018, en la cual se dictó el sentido del fallo, se procede a dictar de forma escrita **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral de la referencia.

I. ANTECEDENTES

La señora EDILMA BARRETA DE CABRA actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, mediante escrito radicado 25 de agosto de 2016 (f.56), elevó demanda ante esta jurisdicción solicitando las siguientes:

a.- PRETENSIONES

De acuerdo con lo manifestado en la audiencia inicial:

1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución GNR 80198 del 16 de marzo de 2016, que negó la reliquidación de la pensión y la nulidad de la Resolución VPB 21825 del 16 de mayo de 2016 que confirmó la anterior decisión.
2. Como consecuencia de la anterior nulidad como restablecimiento del derecho solicita condenar a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de la accionante teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio en el E.S.E Hospital Simón Bolívar, tales como el sueldo, subsidio de transporte, auxilio de alimentación, reconocimiento de pertenencia, prima de antigüedad, prima de vacaciones, prima de servicios, bonificación por servicios, prima de navidad y la incapacidad por enfermedad, de conformidad con lo establecido en la ley 33 de 1985.
3. Solicita el pago de las diferencias indexadas conforme con el índice de precios al consumidor certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística. DANE.
4. Condenada la accionada reconozca los intereses de mora de conformidad con el artículo 141 de la ley 100 de 1993 desde la fecha de la primera mesada y se aplique la indexación de los aportes pensionales.
5. Ordenar que se cumpla la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA, y el pago de los intereses moratorios conforme los artículos 155,156 y 157 del CPACA.

b.- NORMAS VIOLADAS

La demandante invocó los artículos 1, 2, 5, 6, 25, 29, 43, 53, 90 y 209 de la Constitución Política, Convenio 159 internacional del trabajo, Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 19 de noviembre de 2015 M.P. Gerardo Arenas Monsalve, la ley 100 de 1993 y Ley 33 de 1985.

c.- CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La demandante indica que los actos acusados que niegan el derecho son anulables de conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la norma constitucional contradiciendo principios constitucionales así como derechos fundamentales, en cuanto a la violación a la ley sustancial surge por la aplicación indebida y por interpretación errónea por la accionada al negar el reconocimiento de todos los factores salariales, desconociendo los mandatos constitucionales y extralimitando sus funciones quebrantando el orden jurídico al someter a la accionante a una condición discriminatoria en relación a otras personas en la misma situación, con ello negando la oportunidad de disfrutar del derecho salarial. De igual manera señala la violación de artículos del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al desconocer los lineamientos en relación laboral y las prerrogativas de la seguridad social, para negar el reconocimiento de la pensión con todos los factores salariales devengados por la accionante (ff. 49 a 54).

d.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada se opone a que prosperen todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, en vista que no están llamadas a prosperar dado que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en razón a que a la entrada en vigencia de dicha normatividad se encontraba cotizando al Régimen de Ahorro Individual y fue hasta el 23 de julio de 2008 que se produjo el traslado al Régimen de Prima Media. Es así, que en cumplimiento a lo dispuesto en sentencia C-1024 del 20 de octubre de 2004, si la demandante quería que se le respetara el régimen de transición, debía acreditar 15 años de servicios cotizados (750 semanas) a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, y tan solo contaba con 333 semanas.

Por lo anterior, a la demandante le fue reconocida la pensión conforme los requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, con el IBL establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, incluyendo los factores salariales determinados en el Decreto 1158 de 1994 conforme los estableció la H. Corte Constitucional en sentencia de Unificación 230 de 2015 dejó claro que el ingreso base de liquidación no forma parte del régimen de transición, ya que el legislador solo contempló la edad, tiempo y monto (entendido como tasa de reemplazo) como aspectos que se deben tener en cuenta del régimen anterior (Fl.77 a 91).

e.- AUDIENCIA INICIAL

El 29 de junio de 2018, se llevó a cabo audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA, corriéndose traslado a las partes para alegar de conclusión según quedo consignado en el audio y acta de la diligencia (f.111-116).

f. SENTIDO DEL FALLO

En la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA, agotadas las etapas procesales hasta alegatos conclusivos se dio el sentido del fallo, el cual se consigna por escrito.

II. CONSIDERACIONES

A. IDENTIFICACIÓN DEL ACTO ENJUICIADO

Que se declare la **nulidad** parcial de la Resolución GNR 80198 del 16 de marzo de 2016, que negó la reliquidación de la pensión y la **nulidad** de la Resolución VPB 21825 del 16 de mayo de 2016 que confirmó la anterior decisión.

B. ANÁLISIS DEL DESPACHO

1.-Tesis del demandante

El apoderado de la parte actora consideró que a la señora Edilma Barreto de Cabra se le debe reliquidar su pensión de jubilación, teniendo en cuenta el 75% de los factores salariales devengados en el último año de servicios, en especial, como el sueldo, subsidio de transporte, auxilio de alimentación, reconocimiento de pertenencia, prima de antigüedad, prima de vacaciones, prima de servicios, bonificación por servicios, prima de navidad y la incapacidad por enfermedad, de conformidad con lo establecido en la ley 33 de 1985.

2.- Tesis del demandado

La entidad accionada mediante escrito visible a folios 77 a 91 del plenario allega escrito de contestación de demanda y manifiesta que se opone a la totalidad de las pretensiones plasmadas por la parte actora en razón a que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en razón a que a la entrada en vigencia de dicha Ley se encontraba cotizando al Régimen de Ahorro Individual y fue hasta el 23 de julio de 2008 que se produjo el traslado al Régimen de Prima Media. Por lo anterior, a la demandante le fue reconocida la pensión conforme los requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, con el IBL establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, incluyendo los factores salariales determinados en el Decreto 1158 de 1994 conforme los estableció la H. Corte Constitucional en sentencia de Unificación 230 de 2015.

3.-Problema jurídico

El problema jurídico consiste en establecer si le asiste derecho a la demandante de conservar el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al contar con más de 35 años de edad a 1° de abril de 1994 y haberse trasladado del Régimen de ahorro individual con solidaridad al de Prima media con prestación definida, o si por el contrario, al no tener 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la mencionada ley, perdió el derecho a ser beneficiaria del régimen de transición.

En caso de ser beneficiaria del régimen de transición, se debe determinar si le asiste derecho a la demandante para que se le incluya en el ingreso base de liquidación pensional la totalidad de los factores salariales percibidos en el último año de servicios.

4. Solución al problema jurídico.

En el presente caso, no es procedente reliquidar la pensión de vejez de la demandante en razón a que no le asiste derecho a conservar el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no haber acreditado 15 años de servicios al 1 de abril de 1994, conforme lo ha establecido la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional y del H. Consejo de

El régimen pensional de la Ley 100 de 1993

El artículo 12 de la Ley 100 de 1993, creó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y estableció dos regímenes de pensiones excluyentes que coexisten: i) el régimen solidario de prima media con prestación definida (RPM) y, ii) el régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Aunque la afiliación a cualquiera de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de estos dos sistemas es libre¹ y, una vez hecha la selección inicial, los afiliados tienen la posibilidad de trasladarse de un régimen pensional al otro, con el cumplimiento de las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

El régimen solidario de prima media con prestación definida –RPM- está previsto en el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, que lo definió como “aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas”. En este régimen, es administrado por el Instituto de Seguros Sociales y a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado existentes al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 mientras subsistan y los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen “un fondo común de naturaleza pública”, que garantiza el pago de las prestaciones a quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la ley². Las personas afiliadas a éste régimen obtendrán el derecho a la pensión de vejez, previamente establecida por la ley, cuando cumplan con los requisitos legales de edad y semanas de cotización.

Por su parte, el inciso 1° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, definió el régimen de ahorro individual con solidaridad – RAIS- como “El conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados”.

Este régimen de ahorro individual con solidaridad constituye un método de financiación de las pensiones, sin antecedentes distintos a la Ley 100 de 1993. En este régimen, los aportes no ingresan a un fondo común como en el régimen de prima media, sino que son depositados en una cuenta individual de ahorro pensional constituida a título personal³. En dicho régimen, las pensiones se financian a través de una cuenta de ahorro individual cuyo titular es el afiliado, y que es manejada por la entidad administradora.

Existe una relación directa entre el capital ahorrado en la cuenta individual de los afiliados y la pensión, lo cual determina que el valor de la pensión sea variable y no previamente definido como en el régimen de prima media. El sistema garantiza la pensión de vejez únicamente a la condición de haber reunido en la cuenta individual el capital necesario para financiarla, sin que sea necesario el cumplimiento de una edad determinada o de un número mínimo de semanas de cotización, requisitos propios del sistema de prima media con prestación definida⁴.

El conjunto de cuentas de ahorro pensional conforman un fondo de pensiones que es administrado por entidades privadas especializadas que hacen parte del sistema financiero, y que están sometidas a inspección y vigilancia del Estado⁵.

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 13 literal b.

² Ley 100 de 1993, Artículo 32.

³ Ley 100 de 1993, Artículos 60, literal d y 97.

⁴ Conforme al artículo 64 de la Ley 100 de 1993, los afiliados tendrán derecho a retirarse a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta les permita obtener una pensión superior al 110% del salario

La Ley 100 de 1993 derogó los regímenes pensionales que existían previamente a su expedición y creó un régimen unificado de seguridad social. No obstante, en aras de proteger las expectativas de quienes se encontraban próximos a cumplir con los requisitos establecidos para acceder a la pensión de jubilación consagrados en el régimen anterior, el legislador estableció un régimen de transición.

Al respecto, el legislador previó el régimen de transición en favor de los trabajadores que cumplieran los siguientes requisitos: i) los hombres que tuvieran más de cuarenta años; ii) las mujeres mayores de treinta y cinco; y iii), los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones (1 de abril de 1994).

En lo referente a la posibilidad del traslado entre regímenes pensionales en el caso de las personas beneficiarias del régimen de transición, según el artículo 36 (incisos 4 y 5) de la ley 100 de 1993, dispone lo siguiente:

“(...) 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.

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

Conforme lo anterior, es evidente que los beneficiarios del régimen de transición tienen libertad para escoger el régimen pensional al que se desean afiliar, pero dicha escogencia trae consigo una consecuencia la cual es la pérdida de la aplicabilidad del régimen de transición. En relación al tema, en sentencia C-789 de 2002, la H. Corte Constitucional con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad contra los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, indicó:

“(...)el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran con determinados requisitos. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme lo establece el artículo 151 de dicha ley.

A su vez, como se desprende del texto del inciso 4º, este requisito para mantenerse dentro del régimen de transición se les aplica a las dos primeras categorías de personas; es decir, a las mujeres mayores de treinta y cinco y a los hombres mayores de cuarenta. Por el contrario, ni el inciso 4º, ni el inciso 5º se refieren a la tercera categoría de trabajadores, es decir, quienes contaban para la fecha (1º de abril de 1994) con quince años de servicios cotizados. Estas personas no quedan expresamente excluidos del régimen de transición al trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al inciso 4º, y por supuesto, tampoco quedan excluidos quienes se trasladaron al régimen de prima media, y

El intérprete podría llegar a concluir, que como las personas con más de quince años cotizados se encuentran dentro del régimen de transición, a ellos también se les aplican las mismas reglas que a los demás, y su renuncia al régimen de prima media daría lugar a la pérdida automática de todos los beneficios que otorga el régimen de transición, así después regresen a dicho régimen. Sin embargo, esta interpretación resulta contraria al principio de proporcionalidad.

Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo. Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N. preámbulo, art. 1º), y como derecho-deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la Ley 100 de 1993 (abril 1º de 1994), terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión” (subrayado fuera del texto original).

En una segunda ocasión, el Máximo Tribunal Constitucional en sentencia C-1024 de 2004 abordó nuevamente el tema del traslado entre regímenes pensionales en el caso de las personas beneficiadas con el régimen de transición, con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993. Respecto de la protección del régimen de transición a aquellas personas que se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al inciso 4º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y quienes se trasladaron al régimen de prima media, y posteriormente regresan al de ahorro individual, conforme al inciso 5º de la misma normatividad, precisó:

“Como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran con determinados requisitos. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme lo establece el artículo 151 de dicha ley.

A su vez, como se desprende del texto del inciso 4º, este requisito para mantenerse dentro del régimen de transición se les aplica a las dos primeras categorías de personas; es decir, a las mujeres mayores de treinta y cinco y a los hombres mayores de cuarenta. Por el contrario, ni el inciso 4º, ni el inciso 5º se refieren a la tercera categoría de trabajadores, es decir, quienes contaban para la fecha (1º de abril de 1994) con quince años de servicios cotizados. Estas personas no quedan expresamente excluidos del régimen de transición al trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al inciso 4º, y por supuesto, tampoco quedan excluidos quienes se trasladaron al régimen de prima media, y posteriormente regresan al de ahorro individual, conforme al inciso 5º.

El intérprete podría llegar a concluir, que como las personas con más de quince años cotizados se encuentran dentro del régimen de transición, a ellos también se les aplican las mismas reglas que a los demás, y su renuncia al régimen de prima media daría

resulta contraria al principio de proporcionalidad.

(...)

En tal medida, la Corte establecerá que los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 resultan inexequibles en cuanto se entienda que los incisos no se aplican a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados para el momento de entrada en vigor del sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del mismo estatuto.”(Negrilla y subrayado por el Despacho)

Posteriormente, en la sentencia T-818 de 2007, la Corte abordó, por tercera vez, el tema que se ha venido tratando, argumentando que la sentencia C-789 de 2002 señaló que al cambiarse al régimen de prima media, las personas debían trasladar todo el ahorro que habían efectuado en el régimen de ahorro individual con solidaridad y que dicho ahorro “no podía ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media”. Precisamente en el cumplimiento de éste último requisito reside uno de los problemas jurídicos de la sentencia T-818 de 2007, pues en ella se sostuvo que debido a un cambio de legislación tal exigencia devino en imposible de cumplir.

En efecto, en el 2002, cuando se expidió la sentencia de constitucionalidad anteriormente mencionada, la distribución del aporte en los dos regímenes pensionales de la ley 100 de 1993 era igual: según la redacción original del artículo 20 la cotización se repartía en un 3.5% para pagar los gastos de administración y una prima para un seguro de pensión de invalidez y sobrevivientes y lo restante se destinaba para el pago de la pensión de vejez.

Posteriormente, el artículo 7 de la ley 797 de 2003 modificó el artículo 20 de la ley 100 de 1993 ya citado. La reforma no cambió la distribución del aporte en el régimen de prima media, pero sí lo hizo en el régimen de ahorro individual. A partir de la nueva ley, un 1.5% de la cotización va a un fondo de garantía de pensión mínima en el régimen de ahorro individual, mientras que en el régimen de prima media ese 1.5% se ocupa en financiar la pensión de vejez. Esto deriva en que siempre será mayor el porcentaje destinado para la pensión del vejez en el régimen de prima media que en el de ahorro individual.

Ante esta situación, la Corte afirmó, en la sentencia T-818 de 2007, que “la exigencia de condiciones imposibles (...) para ejercer el derecho de las personas que, pueden cambiar de régimen aun faltándoles menos de diez años para obtener el derecho de pensión, es a todas luces inconstitucional. No se puede condicionar la realización del derecho a la libre escogencia de régimen pensional mediante elementos que hagan imposible su ejercicio”. Con base en esta argumentación, se reconoció, en el caso concreto, el derecho del peticionario a trasladarse de régimen, aun en ausencia del cumplimiento de uno de los requisitos que había señalado la sentencia C-789 de 2002.

Es así que en la Sentencia T-818 de 2007 se indicó que para realizar el cambio de régimen pensional únicamente se debía trasladar todo el capital aportado en el régimen de ahorro individual al de prima media. Lo anterior puso en evidencia una problemática del orden financiero para efectuar el traslado. Por lo que, la Sentencia SU-062 de 2010 concluyó que el Decreto 3995 de 2008 solucionó dicha inconsistencia y estableció que antes de negar el traslado pensional por no cumplirse el requisito de equivalencia de ahorro se debía ofrecer la oportunidad de aportar, en un plazo razonable, el dinero que corresponda a la diferencia entre lo ahorrado en el régimen de ahorro individual y la totalidad del aporte que se pudiese

“Por lo anterior, resulta imperativo ajustar la jurisprudencia constitucional a la normatividad vigente y reiterar lo indicado por esta Corporación en las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004: *algunas de las personas amparadas por el régimen de transición pueden regresar, en cualquier tiempo, al régimen de prima media cuando previamente hayan elegido el régimen de ahorro individual o se hayan trasladado a él, con el fin de pensionarse de acuerdo a las normas anteriores a la ley 100 de 1993. Estas personas son las que cumplan los siguientes requisitos:*

- (i) *Tener, a 1 de abril de 1994, 15 años de servicios cotizados.*
- (ii) *Trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual*
- (iii) *Que el ahorro hecho en el régimen de ahorro individual no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.”*

Por último, concordante con la anterior postura la misma Corte Constitucional mediante Sentencia SU-130 de 13 de marzo de 2013, unificó nuevamente el tema referente al traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida de los beneficiarios del régimen de transición y sus implicaciones, señalando:

“...10.2. No obstante, el régimen de transición así concebido no resulta una prerrogativa absoluta de quienes hacen parte de los tres grupos de trabajadores a los que se ha hecho expresa referencia, pues según lo dispuesto en los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la citada ley, en las dos primeras categorías, esto es, los beneficiarios por edad, el régimen de transición se pierde (i) cuando el afiliado inicialmente y de manera voluntaria decide acogerse al régimen de ahorro individual con solidaridad o (ii) cuando habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decide trasladarse al de prima media con prestación definida.

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

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

10.8. Ello, por cuanto, se reitera, las normas que consagran el régimen de

control constitucional por parte de esta corporación, a través de las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, analizadas con detalle en el acápite precedente, que definieron su verdadero sentido y alcance, considerándolas acordes con la Constitución, y al tratarse de decisiones con efectos de cosa juzgada, adquieren un carácter definitivo, incontrovertible e inmutable, de tal manera que sobre ellas no cabe discusión alguna.

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

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

10.11. En el caso de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, tuvieran treinta y cinco (35) años o más si son mujeres, o cuarenta (40) años o más si son hombres, éstas pueden trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años contados a partir de la selección inicial, salvo que les falte diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, evento en el cual no podrán ya trasladarse. En todo caso, de ser viable dicho traslado o haberse efectuado el mismo al momento de proferirse la presente providencia, ello no da lugar, bajo ninguna circunstancia, a recuperar el régimen de transición.

10.12. Finalmente, no está por demás precisar que, respecto de los demás afiliados al SGP, es decir, quienes no son beneficiarios del régimen de transición, para efectos del traslado de régimen pensional, también se les aplica la regla anteriormente expuesta, contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, conforme fue modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, ambas normas interpretadas por la Corte, con efectos de cosa juzgada constitucional, en las

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

Es así, que a partir de la Sentencia SU-130 de 13 de marzo de 2013, la Sección Segunda del Consejo de Estado sentó su postura frente a los anteriores pronunciamientos que había proferido en los que se había concluido que el derecho a pensionarse bajo los parámetros establecidos en el régimen anterior a aquel establecido en la Ley 100 de 1993⁶, era una expectativa legítima para los que cumplieron por lo menos uno de los requisitos para formar parte de dicho régimen, para señalar que:

“(…) la sentencia de la Corte Constitucional, aclaró y unificó la jurisprudencia, en el sentido de indicar que únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios a 1 de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el SGP, pueden trasladarse “en cualquier tiempo”, del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición.

Posición ésta más acorde con los pronunciamientos de constitucionalidad que sobre la materia la misma corporación había proferido.

Conforme a lo anterior, y teniendo en cuenta que dicha posición ya había sido fijada con antelación por el Consejo de Estado⁷, la Sala reitera los argumentos allí planteados, y que se relacionan con que las personas que al 1 de abril de 1994, - cuando entró en vigencia el sistema general de pensiones en el sector privado y en el sector público del orden nacional -, tenían 15 años o más de servicio o cotizaciones, y hubieran seleccionado el régimen de ahorro individual con solidaridad, podrán, con el propósito de que les sea aplicado el régimen de transición, trasladarse en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida, constituyendo así una excepción a la regla de permanencia mínima y a la prohibición prevista en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. No obstante para que proceda la aplicación del régimen de transición y, por consiguiente, el traslado en cualquier tiempo de dichos afiliados al RPM, es necesario que se acrediten los requisitos señalados por la Corte

⁶ En providencia del 5 de marzo de 2009, la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de la Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, dentro del proceso radicado con el No. 11001-03-25-000-2008-00070-00(1975-08) dijo que los beneficiarios del régimen de transición que se habían trasladado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (Fondos de Pensiones) pueden regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (Seguro Social), es decir, devolverse de las administradoras de fondos pensionales al Seguro Social en cualquier tiempo antes de pensionarse y el único requisito era trasladar lo que tenían en esos fondos al Seguro Social, independientemente de cualquier otra exigencia. De igual manera, a través de sentencia de 6 de abril de 2011 dentro de la acción de simple nulidad radicada con el No. 11001-03-25-000-2007-00054-00(1095-07), con ponencia del Consejero Doctor Gerardo Arenas Monsalve, declaró la nulidad parcial del literal b) del artículo 3° del Decreto 3800 de 2003, pues al exigir como requisito para conservar el régimen de transición a quienes se trasladan del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, que el saldo de la cuenta no sea inferior al monto total del aporte de haber permanecido en él y los rendimientos que se hubiere obtenido, se excedió la facultad reglamentaria del Gobierno Nacional. Igualmente, se declaró la nulidad del último inciso del precitado artículo en razón a la conexidad directa con el literal b).

*Constitucional en la Sentencia C-789 de 2002.*⁸.

De acuerdo con lo anterior, y como ya lo ha señalado de manera reiterativa la Sección Segunda del Consejo de Estado⁹ y la H. Corte Constitucional¹⁰, quienes se trasladen del régimen de ahorro individual con solidaridad al Régimen de Prima Media y no hayan cumplido 15 años de servicios cotizados a 1 de abril de 1994, pierden la posibilidad de pensionarse de conformidad con el régimen de transición.

Caso concreto

La señora Edilma Barreto de Cabra, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), tenía más de 35 años de edad (folio 3 vto) y ostentaba más de 302 semanas cotizadas al Régimen de Prima Media (f 95).

La demandante realizó el traslado de sus cotizaciones del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media, hasta el 1º de septiembre de 2008 (f 4).

La parte demandante discrepa respecto de los factores a tener en cuenta en la liquidación pensional. En el caso examinado se tiene que a la demandante se le había reconocido pensión de jubilación por medio de la resolución GNR 163842 de 2 de junio de 2015, dejándose en suspenso hasta que demostrara el retiro definitivo, y teniendo en cuenta un IBL del promedio de lo devengados en los últimos 10 años por valor de \$829.640 en aplicación a una tasa de reemplazo del 64,5%, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003.

Posteriormente, mediante Resolución GNR 16280 de 20 de enero de 2016, se ordena el pago de la pensión de jubilación, la cual realizó la liquidación respectiva conforme con el artículo 21 de la ley 100 de 1993 teniendo en cuenta el IBL del promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años de servicios y los factores salariales estipulados en el Decreto 1158 de 1994; mediante derecho de petición de fecha 12 de febrero de 2016 la accionante solicitó la reliquidación de la pensión, la cual fue resuelta mediante la Resolución GNR 80198 de 16 de marzo de 2016, ordenando la reliquidación de la pensión de jubilación aumentando porcentaje del IBL a 66% y negando la reliquidación conforme a la Ley 33 de 1985; decisión contra la que interpone recurso de apelación, el cual fue resuelto mediante la Resolución VPB 21825 de 16 de mayo de 2016, confirmando su decisión.

Así las cosas, la parte demandante solicita tanto en sede administrativa como en sede judicial que se aplique el IBL con fundamento en la normatividad anterior a la ley 100 de 1993, esto es la ley 33 de 1985 conforme con la jurisprudencia del Consejo de Estado para efectos de que se tengan todos los factores devengados en el último año de servicios.

Observa el despacho, que la negativa de la entidad demandada se fundamentó en el hecho que la demandante perdió el derecho de mantener el régimen de transición establecido en el

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 22 de julio de 2014, Consejero Ponente: Gustavo Gómez Aranguren, Radicación número: 73001-23-33-000-2012-00177-01 (3234-13) Actor: Benjamín Guzman Arroyo.

⁹ Ver Sentencias Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, Sentencia de 18 de marzo de 2015, Expediente 868-2009 Magistrado Ponente: Gerardo Arenas Monsalve; Consejo de Estado Sección Segunda Subsección A Sentencia de 11 de agosto de 2016 Radicación No. 25000-23-25-000-2010-00937-01 (4417) Actor: Luz Stella Acosta Pastrana Magistrado Ponente: Gabriel Valbuena Hernández; Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, Sentencia de 23 de febrero de 2017, Radicación No. 25000-23-42-000-2012-01274-01(3122-13) Magistrado Ponente: Cesar Palomino Cortés y Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B,

artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en razón de haber trasladado sus cotizaciones del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima de Media. Es así, que conforme se ha expuesto en la presente providencia, la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional y el H. Consejo de Estado ha sido pacífica en determinar que para garantizar el régimen de transición se debía acreditar 15 años de servicios cotizados (750 semanas) a la vigencia de la ley 100 de 1993.

En tal virtud, encuentra el Despacho que una vez revisado el reporte de semanas cotizadas en pensiones obrante a folios 95-99 del plenario, se evidencia que a entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), no cumplía con el requisito de los 15 años de servicios equivalentes a 750 semanas cotizadas, pues tan solo acredita 302 semanas debidamente cotizadas. Por lo anterior, la demandante no es acreedora del derecho de mantener el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sino por el contrario es aplicable el régimen pensional de la precitada Ley.

Así las cosas, observando en los actos demandados que la pensión fue reconocida con el promedio de los salarios de los 10 años anteriores al reconocimiento pensional, los factores establecidos en el decreto 1158 de 1994 y, el monto del 66% establecido en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, es procedente negar las pretensiones de la demanda. En consecuencia, los actos administrativos acusados conservan su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que los amparaba razón por la cual es procedente negar las pretensiones de la demanda.

Costas: El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *“Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*.

Así también el numeral 4º del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *“Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas....”*.

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso¹¹, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: *“La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el*

¹¹ Cfr La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios- no procede

propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.”. (Subrayas para resaltar)

Ahora bien, el Consejo de Estado¹² ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

“Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto.

Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil

Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley”

Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<“debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación>>^{13”}

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en tanto no se han comprobado las mismas.

III. DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer causadas.

TERCERO: Una vez en firme esta sentencia. **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y, **ARCHÍVENSE** las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Juez

9-46

¹² Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

¹³ Cfr las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nros. 20616 y 20389. C.P Martha Teresa Briceño de

