



TEMA	RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN – RÉGIMEN DE TRANSICIÓN
RADICACIÓN	73001-33-33-005-2015-00106-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	MARIELA GIRALDO ESTRADA
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Ibagué, veinte (20) de marzo de dos mil veinte (2020)

Procede el Despacho a resolver la presente medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** formulada por la señora **MARIELA GIRALDO ESTRADA**, por intermedio de apoderado judicial, en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y el **HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL E.S.E DE FRESNO**, mediante la cual solicita un pronunciamiento judicial favorable sobre las siguientes,

1. PRETENSIONES

PRIMERA: Declarar la nulidad de la Resolución No. GNR 237256 del 23 de septiembre de 2013, emitida por Colpensiones la cual niega una pensión de Vejez.

SEGUNDA: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a Colpensiones, mediante sentencia que haga tránsito a cosa juzgada, a reconocer y pagar a la demandante la pensión de jubilación teniendo en cuenta el promedio salarial del último año de servicio en cuantía del 75%, con inclusión de todos los factores salariales que compusieron el salario, de conformidad con el art. 1º de la ley 33 de 1985, pensión que debe ser cancelada en forma vitalicia hacia el futuro junto con los aumentos legales causados hasta la fecha de reconocimiento.

TERCERA: Se restablezca el derecho condenando a la entidad demandada, una vez hecho el reconocimiento de la pensión, a incluir en nómina a la actora.

CUARTA: Ordenar al demandado Fondo privado de Pensiones Horizonte hoy Porvenir S.A., para que autorice el traslado de la accionante en forma definitiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a Colpensiones, y que inicie los trámites pertinentes para el traslado total del ahorro y rendimiento financiero efectuado a esa entidad por el empleador de mi poderdante, al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

QUINTA: Se condene al empleador -Hospital San Vicente de Paul E.S.E del Fresno- y a las demás entidades demandadas, a la reparación del daño causado a la accionante, con las acciones y omisiones que han ocasionado ingentes perjuicios de orden moral y material representados en el acto demandado, de conformidad con el art. 138 del C.P.A.C.A. y en tal sentido cancelar la suma de ciento veintitrés millones doscientos mil pesos M/Tc (\$123.200.000.00) 200 SMLV, suma que deberá cancelar el ente demandado, sin que el señalamiento de dicha cuantía constituya limitación para que sean reconocidos superiores los perjuicios de la naturaleza y cuantía que resulten probados.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2015-00106-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIELA GIRALDO ESTRADA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBINA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y OTROS

SEXTA: Se condene en costas al ente demandado incluyendo las agencias en derecho, conforme al art. 188 del C.P.A.C.A, y la sentencia C-539 de 28 de julio de 1999.

SÉPTIMA: La entidad demandada quedará obligada a dar cumplimiento a la sentencia, dentro del término establecido en el artículo 192 del C.P.A.C.A, igualmente, se le reconozcan los intereses allí señalados, a partir del momento de la ejecutoria de la sentencia (Fl. 35).

El anterior *petitum* lo fundamenta el apoderado del actor en los siguientes:

2. HECHOS

PRIMERO: La señora Mariela Giraldo Santos, nació el día 11 de septiembre de 1956 en la ciudad de Fresno - Tolima.

SEGUNDO: La actora fue nombrada como servidora pública mediante Resolución 184 del 8 de abril de 1981, y posesionada según acta No. 154 el 21 de mayo de 1981; desde ese entonces ha trabajado toda su existencia productiva como Auxiliar de Enfermería del Hospital San Vicente de Paul de Fresno - Tolima, aportando a la Caja de Nacional de Previsión Social hasta el mes de julio de 2009, debido a la liquidación de esta Caja. A partir de agosto de 2009, los aportes para pensión debieron efectuarse al Instituto de los Seguros Sociales ISS.

TERCERO: La aseveración efectuada en el anterior hecho y en cuanto tiene que ver con los aportes para pensión, se sustenta en las certificaciones expedidas por el empleador Hospital San Vicente de Paul E.S.E del Fresno Tolima y como consecuencia a la absolución a un derecho de petición elevado por el apoderado de la demandante, precisamente para iniciar el trámite ante el ISS hoy Colpensiones, porque allí de manera expresa y categórica se señala que a esa entidad se hacían los aportes y por ende pertenece la accionante al régimen de prima media con prestación definida que administra dicha entidad pública.

CUARTO: La demandante se encuentra dentro del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, y por ende se le debe aplicar lo preceptuado en la Ley 33 de 1985, toda vez que a julio de 2005 contaba con más de 750 semanas de aportes.

QUINTO: La actora superó el tiempo de aportes exigido por la Ley 33 de 1985 para tener derecho a la pensión de jubilación, desde 21 de mayo de 1981 hasta septiembre de 2014; haber nacido el día 11 de septiembre de 1956; se encuentra dentro de la edad legal (58 años) que le permite desde octubre de 2004 de manera retroactiva el goce y derecho invocado.

SEXTO: En virtud a los tiempos de servicios y las cotizaciones realmente efectuadas, por reunir los requisitos exigidos por la Ley 33 de 1985, le corresponde al ISS hoy Colpensiones, concederle la pensión de jubilación, por ser esta la entidad de previsión a la cual se encuentra actualmente efectuando los aportes para pensión. El monto de la mesada pensional deberá corresponder al 75% del promedio salarial del último año de servicios.

SÉPTIMO: El 05 de julio de 2012, se procedió a elevar derecho de petición ante el ISS Seccional Ibagué, hoy Colpensiones donde se solicitó la pensión de jubilación y/o Vejez.

OCTAVO: Colpensiones a través de la Resolución No. GNR 237256 del 23 de septiembre de 2013, negó la pensión de vejez, con el argumento de que ya se encontraba pensionada, situación absolutamente falsa ya que a la fecha de la presentación de esta demanda aún se encuentra laborando en el Hospital San Vicente de Paul del Fresno Tolima.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2015-00106-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIELA GIRALDO ESTRADA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBINA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y OTROS

NOVENO: La demandante nunca antes había solicitado la pensión y mucho menos se le había otorgado y jamás ha solicitado cambio de régimen pensional ni se ha afiliado a un Fondo Privado de Pensiones, pues ello sería lesivo toda vez que, se encuentra en régimen de transición y en la modalidad de prima media con prestación definida.

DÉCIMO: Se elevó derecho de petición a Horizonte hoy Porvenir S.A, para verificar si se encontraba allí afiliada y por orden de quién, y en efecto certificaron que la accionante se encontraba allí afiliada mediante el proceso de no vinculados, teniendo en cuenta que el empleador Hospital San Vicente de Paul ESE de Fresno Tolima, realizó el pago de cotizaciones, específicamente a AFP Horizonte, y que ellos pueden crear las cuentas de ahorro individual para personas que no han firmado un formulario de solicitud de afiliación cuando su empleador realiza un pago de cotizaciones.

DÉCIMO PRIMERO: El Hospital San Vicente de Paul de Fresno Tolima, ha expedido certificaciones falsas manteniendo su argumento de que la demandante, como debiera ser, se encuentra afiliada al sistema de seguridad social de pensiones con la administradora de prima media del ISS, hoy Colpensiones desde el 1° de julio de 2009, por traslado de afiliación que realizara Cajanal en Liquidación, dando cumplimiento al Decreto 2196 de 2009 en su artículo 4°.

DÉCIMO SEGUNDO: La actora pertenece al régimen de prima media que administra Colpensiones, ha cumplido los requisitos que la ley exige para pensionarse, y aún se encuentra vinculada a la entidad demandada siendo falso que se encuentra pensionada.

DÉCIMO TERCERO: La señora Mariela Giraldo Estrada no ha podido disfrutar de su pensión por la negativa de Colpensiones, por la conducta negligente y dolosa de su empleador Hospital San Vicente de Paul ESE de Fresno, así como por el proceder irregular del Fondo privado Horizonte hoy Porvenir S.A. (Fls. 36-40).

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se indicaron las siguientes normas como vulneradas por el acto administrativo:

- Ley 33 de 1985: Artículo 1°.

Manifiesta el apoderado de la parte actora, que la accionante se encuentra en el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, y por tal motivo solicita que se aplique las disposiciones contenidas en los artículo 1° de la Ley 33 de 1985, por haber laborado por más de 20 años en el Hospital San Vicente Paul ESE de Fresno y cumplir los 55 años.

Además, señala que el régimen de transición fue modificado por el Acto Legislativo 001 de 2005 y en párrafo transitorio 4° estableció que dicho régimen no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen al momento de la expedición de la norma hubieren cotizados 750 semanas o su tiempo equivalente en tiempo de servicios.

Finalmente, expresa que a la accionante le fue vulnerada el derecho a la libre elección del régimen pensional, como quiera que la demandante jamás autorizo su traslado al fondo privado de pensiones con ahorro individual con solidaridad (Fls. 42-43).

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2015-00106-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIELA GIRALDO ESTRADA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBINA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y OTROS

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, contestó la demanda dentro del término legal, señalando de una parte que no puede oponerse a las pretensiones en razón que se solicita la nulidad de un acto administrativo emitido por una entidad diferente y de otra parte, que se opone a las mismas, en tanto la demandante está válidamente afiliada a tal Fondo; en cuanto a los hechos, adujo que algunos eran ciertos y otros no le constaban y propuso las excepciones que denominó: caducidad; inexistencia de la obligación; cobro de lo no debido respecto de la reparación del daño causado; buena fe; falta de legitimación en la causa por pasiva; prescripción y genérica (Fls. 73-85).

Por otro lado, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, contestó la demanda dentro del término legal, oponiéndose a la pretensiones, señalado que en su mayoría los hechos eran apreciaciones subjetivas efectuadas por la parte actora y formuló las excepciones de: falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia del traslado de régimen pensional, caducidad de la acción, prescripción genérica y prescripción especial (Fls. 246-277).

Finalmente, el **HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL E.S.E DE FRESNO**, contestó la demanda dentro del término legal, oponiéndose a la pretensiones, señalado que en su mayoría los hechos no le constaban y formuló las excepciones de: falta de legitimación material en la causa por pasiva; legalidad del acto administrativo demandado e indebida acumulación de pretensiones y superación del tope de indemnización para la tipología perjuicio moral (Fls. 278-292).

5. ACTUACIÓN PROCESAL

A la demanda se le imprimió el trámite establecido en el artículo 179, en las que se surtieron las siguientes actuaciones:

La demanda fue admitida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué mediante auto de fecha 20 de mayo de 2015 (Fl. 52), contra de la ADMINISTRADORA COLOMBINA PENSIONES – COLPENSIONES, HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL ESE DE FRESNO y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., efectuándose las notificaciones de rigor (Fls. 59-66).

Mediante Acuerdo No. PSATA15-089 del 8 de julio de 2015, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima, se dispuso la redistribución de procesos en cumplimiento del Acuerdo PSAA15-10363 de 2015; siendo remitido por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Ibagué, y procediéndose avocar conocimiento del presente proceso¹.

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contestó la demanda dentro del término legal y propuso excepciones (Fls. 246-277).

A su vez, el Hospital San Vicente de Paul ESE de Fresno contestó la demanda dentro del término legal y propuso excepciones (Fls. 278-292).

Finalmente, el Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. contestó la demanda dentro del término legal y propuso excepciones (Fls. 73-85).

¹ Fl. 56.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2015-00106-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIELA GIRALDO ESTRADA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y OTROS

De las excepciones se corrió traslado por el término de 3 días a la parte demandante y esta guardó silencio (Fl. 313).

Surtido el trámite anterior, mediante providencia del 5 de mayo de 2017 se fijó fecha para realizar la audiencia del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 (Fl. 314). El 14 de junio de 2017 se realizó la audiencia (Fls. 324-328); el Despacho declaró no probadas las excepciones de caducidad de la demanda e indebida acumulación de pretensiones y superación del tope indemnizatorio para la tipología perjuicio moral, propuestas por las entidades demandadas; además se procedió a fijar el litigio y se decretaron las pruebas y se fijó fecha para la realización de la audiencia de pruebas.

El día 5 de diciembre de 2017, se llevó a cabo la audiencia de pruebas en donde se recepcionaron los testimonios decretados a la parte demandada – Hospital San Vicente de Paul ESE de Fresno en la audiencia inicial y se ordenó requerir prueba documental (Fls. 330-334).

Por auto del 30 de abril de 2019² se ordenó correr traslado para alegar de conclusión por el término de diez (10) días. La parte demandante se ratificó en lo expuesto en el escrito de demanda, señaló que se había logrado probar dentro del proceso los perjuicios materiales e inmateriales sufridos por la parte actora, por el no reconocimiento de la pensión de jubilación y, además señala, que le fue vulnerado el derecho a la libre elección del régimen pensional, como quiera que la accionante en ningún momento autorizó el traslado de fondo a su empleador.

Por otro lado, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, se ratificó en lo expuesto en el escrito de la contestación de la demanda.

Acto seguido, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. se ratificó en lo expuesto en el escrito de la contestación de la demanda.

Finalmente, el Hospital San Vicente de Paul E.S.E. de Fresno, reafirmó lo expuesto en el escrito de la contestación de la demanda. (Fls. 357-379).

Ahora bien, Cumplidos los presupuestos procesales de jurisdicción y competencia y, dado que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del C.P.A.C.A., en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció un control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna por las partes u observarse por el Despacho vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso e impidan proferir sentencia de fondo, procede el Despacho a proferir la sentencia de primera instancia que en derecho corresponda.

6. CONSIDERACIONES

6.1. DE LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO

En consideración a que las excepciones propuestas en el presente asunto tienen relación directa con el fondo del asunto, su estudio y decisión se realizará al momento de analizar la pretensión anulatoria.

² Fl. 356.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2015-00106-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIELA GIRALDO ESTRADA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBINA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y OTROS

6.2. PROBLEMA JURÍDICO

Se circunscribe en determinar si la señora Mariela Giraldo Estrada tiene derecho:

a) A que se ordene a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. su traslado al régimen de prima media con prestación definida ante COLPENSIONES

b) A que COLPENSIONES reconozca y pague a su favor, pensión de jubilación, teniendo en cuenta el promedio salarial devengado en el último año de servicios, en cuantía del 75%, con inclusión de todos los factores salariales que compusieron el salario, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985

c) A que el Hospital San Vicente de Paul de Fresno le repare el daño causado por no haber podido empezar a disfrutar de su pensión.

6.3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

6.3.1. DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL – RÉGIMEN DE SOLIDARIDAD DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

Con la expedición de la Constitución de 1991 estableció el Sistema de Seguridad Social, el cual fue desarrollado por el Congreso de la Republica a través de la Ley 100 de 1993, la cual a su vez creó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, Sistema General de Seguridad Social en Salud y el Sistema General de Seguridad Social en Riesgos Profesionales.

El Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, se encuentra compuesto por el Régimen de Solidaridad de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad conforme lo establecido en el artículo 12 de la Ley 100 de 1993.

El Régimen de Solidaridad de Prima Media con Prestación Definida consiste en que el afiliado a través de sus aportes y rendimientos constituye un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados, además señala, que el valor de la pensión de vejez no depende del ahorro, sino del tiempo acumulado y el salario base de cotización.

Por otro lado, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, consiste que la mesada pensional va depender del capital acumulado conforme los aportes aportados por el afiliado, además, que tiene otras alternativas para adquirir la pensión, como lo son las renta vitalicia, retiro programado y retiro programado con renta vitalicia.

Por otra parte, los inscritos pueden trasladarse del Régimen de Solidaridad de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad o viceversa de conformidad con lo establecido en los artículos 113 y 114 de la Ley 100 de 1993, que expresan:

“Artículo 113. Traslado de régimen. Cuando los afiliados al sistema en desarrollo de la presente Ley se trasladen de un régimen a otro se aplicarán las siguientes reglas:

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2015-00106-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIELA GIRALDO ESTRADA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBINA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y OTROS

a) Si el traslado se produce del régimen de Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, habrá lugar al reconocimiento de bonos pensionales en los términos previstos por los artículos siguientes;

b) Si el traslado se produce del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al régimen de Prestación Definida, se transferirá a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, que se acreditará en términos de semanas cotizadas, de acuerdo con el salario base de cotización.

Artículo 114. Requisito para el traslado de régimen. Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones.

Este mismo requisito es obligatorio para los trabajadores vinculados con los empleadores hasta el 31 de diciembre de 1990 y que decidan trasladarse al régimen especial de cesantía previsto en la Ley 50 de 1990, para lo cual se requerirá que adicionalmente dicha comunicación sea rendida ante notario público, o en su defecto ante la primera autoridad política del lugar.”

Así mismo, el artículo 2° de la anterior normatividad, señala:

“Artículo 2o. Se modifican los literales a), e), i), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y se adiciona dicho artículo con los literales l), m), n), o) y p), todos los cuales quedarán así:

Artículo 13. Características del Sistema General de Pensiones.

e) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.”

Frente a este aspecto, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C – 1024 del 20 de octubre de 2004, con ponencia del Dr. Rodrigo Escobar Gil, dispuso:

“En el presente caso, la medida prevista en la norma acusada, conforme a la cual el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, resulta razonable y proporcional, a partir de la existencia de un objetivo adecuado y necesario, cuya validez constitucional no admite duda alguna. En efecto, el objetivo perseguido por la disposición demandada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se aparta del valor material de la justicia, que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros.

A juicio de esta Corporación, el periodo de carencia previsto en la norma demandada no vulnera el derecho a la igualdad, ni ningún otro principio o derecho fundamental que emane de las relaciones de trabajo, básicamente por las siguientes consideraciones.

Para esta Corporación, el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el

señalamiento de algunas excepciones que, por su misma esencia, pueden conducir al establecimiento de una diversidad de trato entre sujetos puestos aparentemente en igualdad de condiciones, tales como, el señalamiento de límites para hacer efectivo el derecho legal de traslado entre regímenes pensionales. Ahora bien, la Corte ha sostenido que dicha diversidad de trato no puede considerarse per se contraria al Texto Superior, pues es indispensable demostrar la irrazonabilidad del tratamiento diferente y, más concretamente, la falta de adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida en el logro de un fin constitucionalmente admisible.

Desde esta perspectiva, el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes. No sobra mencionar en este punto, que el sustento actuarial es el que permite asumir los riesgos que se encuentran involucrados con el sistema y que, en ese orden de ideas, su falta de ajuste con la realidad económica del país, simplemente podría llegar a poner en riesgo la garantía del derecho pensional para los actuales y futuros pensionados.”

Frente al régimen de transición el máximo organismo de la Jurisdicción Constitucional³, conceptualizo:

10.1. Como ya se mencionó, el nuevo modelo de seguridad social en pensiones creado con la Ley 100 de 1993, previó un régimen de transición, en virtud del cual se estableció un mecanismo de protección de las expectativas legítimas que en materia pensional tenían todos aquellos afiliados al régimen de prima media, que al momento de entrar en vigencia el SGP estaban próximos a adquirir su derecho a la pensión de vejez. Dicho régimen de transición, apunta a que la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión de vejez será la establecida en el régimen anterior, para aquellos afiliados que a 1° de abril de 1994 cumplan por lo menos con uno de los siguientes requisitos:

- Mujeres con treinta y cinco (35) o más años de edad
- Hombres con cuarenta (40) o más años de edad
- Hombres y mujeres que independientemente de la edad tengan quince (15) años o más de servicios cotizados.

Así pues, las personas que se encuentren en cualquiera de las tres categorías anteriormente enunciadas, son beneficiarias del régimen de transición, lo cual implica que, en principio, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, no se les aplicará lo dispuesto en la Ley 100/93, sino las normas correspondientes al régimen anterior al cual se encontraban afiliadas.

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.

³ SU-130 del 13 de marzo de 2013, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2015-00106-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIELA GIRALDO ESTRADA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBINA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y OTROS

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.

(...).

Bajo esa orientación, en la Sentencia C-789 de 2002, se declaró exequibilidad condicionada de los incisos 4° y 5° de la Ley 100/93, en cuanto se entienda que su contenido no aplica para las personas que tenían 15 años o más de servicios cotizados para la fecha en que entró en vigencia el SGP. Es decir, que únicamente esta categoría de trabajadores no pierde el régimen de transición por el hecho de trasladarse al régimen de ahorro individual, pudiendo hacerlo efectivo una vez retomen al régimen de prima media con prestación definida. Para tal efecto, se fijaron dos importantes condiciones, a saber: (i) que al regresar nuevamente a al régimen de prima media se traslade a él todo el ahorro efectuado en el régimen de ahorro individual y (ii) que dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

10.5. En cuanto a la oportunidad para realizar el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, a partir de la Sentencia C-1024 de 2004, se entendió que la prohibición contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, en el sentido que no podrán trasladarse quienes les falte diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, no aplica para los sujetos del régimen de transición por tiempo de servicios cotizados, quienes podrán hacerlo “en cualquier tiempo”, conforme a los términos señalados en la Sentencia C-789 de 2002. La referencia hecha a este último fallo, por parte de la Sentencia C-1024 de 2004, no significa cosa distinta a que solo quienes cumplen con el requisito de tiempo de servicios cotizados (15 años o más) pueden retornar sin límite temporal alguno al régimen de prima media, pues son los únicos afiliados que no pierden el derecho al régimen de transición por efecto del traslado.

10.6. No sucede lo mismo, en cambio, con quienes son beneficiarios del régimen de transición por edad, pues como quiera que el traslado genera en esta categoría de afiliados la pérdida automática del régimen de transición, en el evento de querer retornar nuevamente al régimen de prima media, por considerar que les resulta más favorable a sus expectativas de pensión, no podrán hacerlo si les faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, dada la exequibilidad condicionada del artículo 13 de la Ley 100/93, declarada en la Sentencia C-1024 de 2004.

(...)

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” (En negrilla por el Juzgado).

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2015-00106-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIELA GIRALDO ESTRADA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y OTROS

En este mismo sentido, el Honorable Consejo de Estado, Sección Segunda, en providencia del 12 de septiembre de 2019, con ponencia de la Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, expreso⁴:

“43. De acuerdo con lo anterior, no cabe duda de que quienes se trasladen al régimen de ahorro individual con solidaridad y no hayan cumplido 15 años de servicios cotizados a primero de abril de 1994, pierden la posibilidad de pensionarse con las condiciones del régimen de transición de la ley 100 de 1993.

44. Para aplicar el régimen de transición se requiere de dos requisitos en particular, el primero, que reúna los supuestos establecidos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, edad o tiempo de servicio, y el segundo, que surge como consecuencia del cambio de régimen (pues se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) para lo cual es necesario, tener al 30 de junio de 1995, 15 años de servicios cotizados.

45. Esta posición ha sido reiterada por esta Corporación en distintos pronunciamientos, entre otros, el del 23 de octubre de 2014, de esta Sala, con ponencia del consejero Gerardo Arenas Monsalve así:

«[...] En primer lugar, se ha señalado que la vigencia del régimen de transición para un afiliado al sistema no depende de encontrarse vinculado laboralmente y cotizando a la seguridad social en la fecha de entrada en vigencia del sistema de pensiones (que por regla general lo fue el 1° de abril de 1994, para el sector privado y el sector público nacional; y el 30 de junio de 1995 para el sector público territorial, salvo que la respectiva autoridad territorial anticipara la citada fecha: Ley 100/93, art. 151).

En segundo término, aunque en principio se pierde el régimen de transición cuando el afiliado se traslade del régimen de prima media al de ahorro individual y regrese nuevamente al de prima media, la jurisprudencia constitucional precisó que este derecho no se pierde por razón de esa circunstancia, siempre que el afiliado tuviera quince o más años de servicios o cotizaciones a la fecha de entrada en vigencia del sistema de pensiones, caso en el cual el regreso al régimen de prima media le permite conservar el régimen de transición. La condición para conservar la transición en tales casos consiste, como lo señaló textualmente la sentencia de constitucionalidad condicionada, en que el saldo de la cuenta pensional que se traslada “no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso que (sic) hubiera permanecido en el régimen de prima media. [...]» (Destacado del Juzgado y del Consejo de Estado).

6.3.2. MARCO JURÍDICO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN – RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE LA LEY 100 DE 1993

El artículo 36 de la ley 100 de 1993, señala el régimen de transición en materia pensional, indicando:

“Artículo 36º.- 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

⁴ Radicación No. 70001-23-33-000-2016-00143-01(4101-17).

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2015-00106-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIELA GIRALDO ESTRADA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBINA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y OTROS

condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.”

De lo anterior, se logra concluir que los servidores públicos que se encontraban vinculados con anterioridad al 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, mantendrían el régimen prestacional que venían disfrutando antes de la expedición de la norma ibídem, es decir, para el caso concreto corresponde al contenido en la Ley 33 de 1985.

Así pues, la Ley 33 de 1985 que previó el régimen pensional general y entró en vigencia el 13 de febrero de 1985, señaló:

“Artículo 1°. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

(...).”

Así mismo, la Ley 62 de 1985 por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 33 de 1985 en lo pertinente a la liquidación de la pensión, indicó:

“Artículo 1°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.”

Ahora bien, cabe señalar por parte de esta instancia judicial que el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 4 de agosto de 2010⁵, con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, expuso:

“De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

⁵ Radicado No. 250002325000200607509-01.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2015-00106-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIELA GIRALDO ESTRADA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBINA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y OTROS

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6ª de 1945, precisó:

‘Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación.’

Así, si bien es cierto que la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, también lo es que ambas disposiciones tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios, derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral, es válido otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.”

Del anterior extracto jurisprudencial del Consejo de Estado, se logra concluir que las personas que se encontraban en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, la pensión de jubilación se liquidara bajo las disposiciones contenidas en la Ley 33 de 1985, es decir, que la mesada pensional se liquidada teniendo en cuenta el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, postura que fue acogida por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, cuyo objeto era garantizar el principio de favorabilidad de la norma en materia laboral.

Por otro lado, la Honorable Corte Constitucional en sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015, fijó el precedente que debe ser aplicado a todos los beneficiarios de regímenes especiales, en cuanto a la interpretación otorgada sobre el monto y el IBL en el marco del régimen de transición:

“De esa forma, la Sala Plena mediante el estudio de la solicitud de la nulidad de la tutela T-078, reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 establecida en la sentencia C-258 de 2013, fallo en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido de que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos.”

La anterior sentencia de unificación mencionada, concluyo lo siguiente:

“3.3.1. Si bien existía un precedente reiterado por las distintas Salas de Revisión en cuanto a la aplicación del principio de integralidad del régimen especial, en el sentido de que el monto de la pensión incluía el IBL como un aspecto a tener en cuenta en el régimen de transición, también lo es que esta Corporación no se había pronunciado en sede de constitucionalidad acerca de la interpretación que debe otorgarse al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando que el IBL no es un elemento del régimen de transición.

3.3.2. En ese sentido, como la Sala Plena tiene competencia para establecer un cambio de jurisprudencia, aún en aquéllos casos en que existe la denominada jurisprudencia en vigor, el anterior precedente interpretativo es de obligatoria observancia.

3.3.3. En lo relativo a los intereses moratorios, esta Sala observa que no es una petición procedente por cuanto, sólo después de determinarse de manera definitiva la obligación de pagar una pensión, podrá fundamentarse que la entidad demandada incurrió en mora de

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2015-00106-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIELA GIRALDO ESTRADA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBINA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y OTROS

otorgar la prestación. En otras palabras, en la medida en que la prestación y su monto estaban en litigio hasta la presente providencia, no puede declararse la mora de la obligación.

3.3.4. El descuento equivalente al 12% sobre el valor de las cotizaciones para el Sistema de Seguridad Social en Salud, se encuentra conforme con los postulados legales y constitucionales, en especial, el principio de solidaridad. Además, no constituye una carga excesiva ni desproporcionada para los pensionados...”

Y es que si bien, dicho análisis se efectuó en un caso de reliquidación pensional del régimen especial consagrado para congresistas y altos magistrados, también lo es, que el alto Tribunal Constitucional a través del Auto No. 036-14, aclaró que la interpretación allí dada, aplicaba a todos aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

De lo anterior se desprende que, el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, garantiza que a sus beneficiarios se les aplique para el reconocimiento de su beneficio pensional, las condiciones de edad y tiempo de servicio, conforme a las disposiciones consagradas en la Ley 33 de 1985 y demás normas modificatorias; pero en relación al Ingreso Base de Liquidación (IBL), la misma deberá estar sometida a lo establecido en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley de Seguridad Social.

El máximo organismo de la Jurisdicción Constitucional⁶, señaló que la liquidación de la mesada pensional para las personas que se encuentran en el régimen de transición, debe realizarse de conformidad con lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, que debe ser con base de los factores salariales debidamente cotizados a los fondos pensionales.

Postura que fue ratificada por parte de la Honorable Corte Constitucional⁷, en donde señala que el IBL no fue objeto de transición de las anteriores normas pensionales y que respecto de la liquidación de la mesada pensional, la misma debe hacerse acorde a los aportes cotizados ante los fondos de pensiones del régimen de prima media con prestación definida o del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Posteriormente, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia de Unificación 023 del 5 de abril de 2018, con ponencia del Dr. Carlos Bernal Pulido, estableció:

“97. Como conclusión del análisis que antecede, las principales reglas jurisprudenciales, en cuanto al alcance del régimen de transición que estatuyó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, derivadas del ejercicio del control abstracto de constitucionalidad (Sentencia C-258 de 2013) y del alcance de los derechos fundamentales que involucra, decantadas en las sentencias de unificación antes citadas, son las siguientes:

98. (i) El régimen de transición no puede caracterizarse como una especie de derecho adquirido sino de expectativa.

99. (ii) El régimen de transición tenía como fecha final el 31 de julio de 2010, excepto para quienes hubiesen cotizado, al menos, 750 semanas al 25 de julio de 2005, momento en el cual entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005; para estas personas, dicho régimen se mantuvo hasta el 31 de diciembre de 2014, con el fin de que pudieran reunir los requisitos para ser acreedores a la pensión de vejez. Para estos últimos efectos, el derecho debía consolidarse hasta el 31 de diciembre de 2014.

⁶ SU- 395 del 22 de junio de 2017, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁷ T- 039 del 16 de febrero de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2015-00106-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIELA GIRALDO ESTRADA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBINA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y OTROS

100. (iii) El régimen de transición está restringido a tres categorías de trabajadores: (i) mujeres que al 1 de abril de 1994 tuvieran 35 años de edad o más; (ii) hombres que al 1 de abril de 1994 tuvieran 40 años de edad o más; y (iii) trabajadores que hubieren acreditado 15 o más años de servicios cotizados al 1 de abril de 1994 (750 semanas) sin consideración de su edad.

101. (iv) A los beneficiarios del régimen de transición les son aplicables las reglas previstas en las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 sobre: (i) edad para consolidar el derecho; (ii) tiempo de servicios o semanas cotizadas; y (iii) monto de la pensión.

102. (v) El monto corresponde a la tasa de reemplazo o, en términos de la Corte Suprema de Justicia, al porcentaje que se aplica al calcular la pensión.

103. (vi) El Ingreso Base de Liquidación (IBL), para el caso de las personas a las que se refiere el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 del año 1993 (regla iii supra), es el que regula el inciso 3º del referido artículo 36, en concordancia con el artículo 21 ibidem y otras normas especiales en la materia.

104. (vii) Los factores constitutivos de salario, que deben tenerse en cuenta para calcular el monto de la pensión de jubilación, por un lado, deben valorarse según las consideraciones de la sentencia SU-395 de 2017 y, por el otro, tienen que ser específicamente calculados para cada caso en concreto.

105. (viii) La acreditación del carácter subsidiario de la acción de tutela, en los términos de las sentencias SU-427 de 2016 y SU-631 de 2017, a pesar de que se cuente con la posibilidad de agotar los recursos ordinarios y, eventualmente, el recurso extraordinario de revisión que regulan los artículos 19 y 20 de la Ley 797 de 2003, está supeditada, a que se trate de un supuesto de “abuso palmario del derecho”. Este se configura, si se constata (i) un caso de “vinculación precaria” en “un cargo de mayor jerarquía y remuneración” y, (ii) que hubiese conllevado a un “incremento excesivo en la mesada pensional.” (Destacado en negrilla por el Juzgado).

Ante las decisiones emitidas por la Honorable Corte Constitucional, el máximo organismo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo⁸ tuvo que modificar su jurisprudencia en lo que tiene que ver con el ingreso base de liquidación (IBL), estableciendo que en caso de que el beneficiario pertenecía al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, la liquidación de la mesada pensional se debe tener en cuenta las siguientes reglas:

“Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición

92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes subreglas:

94. La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, Radicación No. 52001-23-33-000-2012-00143-01, C.P. Cesar Palomino Cortes.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2015-00106-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIELA GIRALDO ESTRADA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBINA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y OTROS

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.

(...)

96. La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”. El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como “[...] la práctica de 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”.

99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2015-00106-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIELA GIRALDO ESTRADA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBINA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y OTROS

como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.

(...).

108. Para el cálculo del monto pensional, el IBL corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE, conforme con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicable por remisión del artículo 36 ibídem.

109. La aplicación del régimen de transición para la actora, conforme con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, significa que la liquidación de su pensión, efectuada por la entidad demandada, aplicando la tasa de reemplazo equivalente al 75% sobre el IBL señalado en el párrafo anterior se ajustó a derecho; razón por la cual no procedía la reliquidación pensional con el fin de tomar como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios, incluyendo aquellos sobre los que no realizó los aportes al Sistema.

110. Para responder el problema jurídico planteado al inicio de estas consideraciones, la Sala establece que la demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados, como lo pretende la actora.

111. Bajo estas consideraciones se deben negar las pretensiones de la demanda, previa revocatoria de la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, que declaró la nulidad parcial del acto administrativo que negó la reliquidación de la pensión de la actora y ordenó a la UGPP efectuar dicha reliquidación con la inclusión de los factores salariales sobre los que realizó aportes durante el último año de servicios.” (Negrilla por el Despacho).

6.4. HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES

Revisada la foliatura, se advierte que se encuentran los siguientes supuestos de hecho relevantes para tomar la decisión respectiva:

1. La señora Mariela Giraldo Estrada, nació el 11 de septiembre de 1956 (Fis. 28 y 29).

2. La señora Giraldo Estrada, se encuentra laborando como promotora de salud en el Hospital San Vicente de Paul ESE de Fresno, desde el 21 de mayo de 1985, según

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2015-00106-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIELA GIRALDO ESTRADA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y OTROS

certificación del 27 de septiembre de 2011 expedida por el pagador de dicha Institución de Salud y que según la misma certificación, “Desde la fecha de ingreso siempre se le efectuaron los descuentos de seguridad social (pensión) a la Caja de Previsión Social hasta el mes de julio de 2009, a partir del mes de agosto de 2009 se le han seguido efectuando los respectivos descuentos de seguridad social (pensión) al Instituto del Seguro Social, debido a la liquidación de la Caja Nacional de Previsión” (Fl. 17).

3. Mediante derecho de petición radicado el día 14 de diciembre de 2011, la señora Mariela Giraldo Estrada por intermedio de apoderado judicial, solicitó al representante legal del Hospital San Vicente de Paul ESE de Fresno, que le certificara a que Fondo de Pensiones se encontraba afiliada (Fls. 7-10).

4. Respuesta del derecho de petición del 14 de diciembre de 2011, en donde el Gerente del Hospital San Vicente San Paul E.S.E. de Fresno, manifestó que la accionante fue trasladada directamente por la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL Liquidada al Instituto de los Seguros Sociales – ISS Liquidado, y no por el centro hospitalario y que a la fecha de la certificación se encuentra cotizando al ISS (Fls. 12-13).

5. Con derecho de petición radicado el día 12 de diciembre de 2013, la señora Giraldo Estrada por intermedio de apoderado judicial, solicitó al representante legal del BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías, le certificara si se encontraba afiliada a dicho Fondo (Fls. 22-24).

6. La Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., manifestó que la accionante se encontraba afiliada a dicha entidad desde el 2 de mayo de 2009, y que su proceso de afiliación se creó por el proceso de no vinculados, teniendo en cuenta que el empleador Hospital San Vicente de Paul realizó el pago de cotizaciones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad específicamente ante AFP Horizonte. Por último, indicó que el Comité de Colpensiones de septiembre de 2013 le confirmó a Porvenir S.A. que la demandante no se encuentra registrada en su base de datos, ni tampoco se encontraba vinculada y sin aportes, quedando asignada a BBVA Horizonte (Fls. 25-26).

7. Mediante Resolución GNR 237256 del 23 de septiembre de 2013, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, negó reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la demandante (Fls. 5-6),

8. Con el desprendible del reporte de nómina del Hospital San Vicente de Paul ESE de Fresno, se observa que en el mes de mayo de 2012, a la señora Mariela Estrada Giraldo le están deduciendo y cancelando el aporte pensional al Instituto de los Seguros Sociales – Liquidado (Fl. 21).

9. Según reportes del 13 de octubre, 23 de noviembre y 7 diciembre de 2015; 5 de enero, 3 de febrero, 4 de marzo, 4 de abril, 3 de mayo, 1 de junio, 5 de julio y 22 de agosto de 2016 de la planilla de Asopagos S.A., la señora Giraldo Estrada se encuentra afiliada a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (Fls. 301-311).

10. Constancia del Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión – SIAFP, informa que la señora Mariela Giraldo Estrada, se encuentra afiliada a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. desde el 1° de mayo de 2009 (Fls. 89-91).

11. Reporte de semanas cotizadas en pensiones, informa que la señora Mariela Giraldo Estrada, se encuentra afiliada a la emitida por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones desde el 1° de noviembre de 2011 y que tiene un total de 23.86 semanas cotizadas dentro de los años 1997, 1998, 1999, 2006 y 2011 (Fl. 348 Cd. de antecedentes administrativos)

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2015-00106-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIELA GIRALDO ESTRADA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y OTROS

12. Constancia del Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión – SIAFP, en el que informa que la señora Giraldo Estrada, en consulta de viabilidad entre regímenes, para el traslado de régimen menor o igual a 10 años Ley 797 de 2003 (Fls. 92-95).

13. Constancia de la Relación de aportes emitida por la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías de la señora Mariela Giraldo Estrada desde el 1° de mayo de 2009 (Fls. 102-107).

14. Relación Histórica de Movimientos Porvenir presentada por la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías de la señora Giraldo Estrada desde el 1° de mayo de 2009 (Fls. 108-120).

15. Testimonio de la señora Zoila Rosa Mora Grijalba (Fls. 230-334).

6.5. CASO CONCRETO

Procede esta instancia judicial a resolver el primer problema jurídico, en el sentido de establecer que se ordene a la sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. su traslado al régimen de prima media con prestación definida ante la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

Cabe señalar, que dentro del libelo genitor, la parte accionante manifiesta desde que inició a laborar en el Hospital San Vicente de Paul ESE de Fresno, la señora Mariela Giraldo Estrada ha venido realizando sus correspondientes aportes al Sistema General de Pensiones al Régimen de Prima Media con prestación Definida y no con al Régimen Individual de Ahorro con solidaridad; así mismo, señala que una vez liquidada la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal, sus aportes deberían pasar al Instituto de Seguros Sociales – ISS Liquidado hoy en día, la Administradora Colombiana de Pensiones, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2196 de 2009.

Ahora bien, el Congreso de la República expidió la Ley 1151 de 2007, por medio del cual expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, en el inciso 3° del artículo 155, estableció:

“Colpensiones será una Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de carácter público del orden nacional, para lo cual el Gobierno, en ejercicio de sus facultades constitucionales, deberá realizar todas las acciones tendientes al cumplimiento de dicho propósito, y procederá a la liquidación de Cajanal EICE, Caprecom y del Instituto de Seguros Sociales, en lo que a la administración de pensiones se refiere. En ningún caso se podrá delegar el reconocimiento de las pensiones.”
(Destacado en negrilla por el Despacho).

Ante tal situación, el Gobierno Nacional expide el Decreto 2911 de 2009, por medio del cual se suprime y ordena la liquidación la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal E.I.C.E., y el artículo 3 del mencionado acto administrativo dispuso:

Artículo 3°. Prohibición para iniciar nuevas actividades. Como efecto de la liquidación aquí ordenada, la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, no podrá iniciar nuevas actividades en desarrollo de su objeto social, por lo tanto, conservará su capacidad jurídica únicamente para realizar actos, operaciones y contratos necesarios en orden a efectuar su pronta liquidación.

En todo caso, la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación adelantará prioritariamente, las acciones que permitan garantizar el trámite y

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2015-00106-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIELA GIRALDO ESTRADA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBINA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y OTROS

reconocimiento de obligaciones pensionales y demás actividades afines con dichos trámites, respecto de aquellos afiliados que hubieren cumplido con los requisitos de edad y tiempo de servicio para obtener la pensión de jubilación o de vejez a la fecha en que se haga efectivo el traslado a que se refiere el artículo 4º del presente Decreto de acuerdo con las normas que rigen la materia. Igualmente Cajanal, EICE, en liquidación continuará con la administración de la nómina de pensionados, hasta cuando estas funciones sean asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, creada por la Ley 1151 de 2007.

(...)” (En negrilla por el Juzgado).

Así mismo, el artículo 4º del Decreto 2911 de 2009, preceptuó:

“Artículo 4º. Del traslado de afiliados. La Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, deberá adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia del presente decreto, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social - ISS. Igualmente, deberá trasladar a dicha entidad los conocimientos sobre la forma de adelantar el proceso de sustanciación de los actos administrativos de reconocimiento de pensión de estos afiliados cotizantes, en la medida en que se trata de servidores públicos, para lo cual, estas entidades fijarán las condiciones en la que se realizará dicho traslado.”

Frente esta situación, el Honorable Consejo de Estado, Sala de Consulta de Servicio Civil⁹, concluyó:

“Como se deduce de la lectura de dichos preceptos, aunque regulan supuestos de hecho diferentes como quiera que (i) por un lado el artículo 3º reglamenta la situación jurídica de los afiliados a Cajanal EICE en liquidación próximos a pensionarse antes de la fecha del traslado masivo al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, ordenando adelantar las acciones necesarias para garantizar el reconocimiento de sus acreencias laborales, y por otro, (ii) el artículo 4º ordena el traslado masivo de todos demás afiliados cotizantes a dicha entidad, lo cierto es que los dos establecen reglas de competencias sobre el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de sus afiliados.”

De la anterior normatividad y concepto del Honorable Consejo de Estado, se logra concluir por parte de esta instancia judicial las siguientes reglas: (i) que los afiliados que hayan adquirido su status pensional antes del 1º de julio de 2009, la competencia para el reconocimiento de la pensión de jubilación recae sobre la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE en Liquidación hoy en día Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y contribuciones Parafiscales – UGPP y (ii) que los afiliados que fueron trasladados masivamente por parte de la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE Liquidada al Instituto del Seguro Social – ISS Liquidado y que hayan adquirido su status pensional después del 1º de julio de 2009, la competencia sobre el reconocimiento y pago de la mesada pensional corresponderá a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

Ahora bien, dentro de los documentos allegados al proceso de la referencia, se observa en el certificado de información laboral expedido por la Gerente del Hospital San Vicente de Paul E.S.E. de Fresno¹⁰ en donde se señala que a la accionante se le venía realizando los correspondientes aportes al Sistema General de Pensiones a las siguientes entidades:

⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, providencia del 27 de agosto de 2019, Radicación No. 11001-03-06-000-2019-00086-00(c), C.P. Edgar González López.

¹⁰ Fl. 348 Cd de antecedentes administrativos.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2015-00106-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIELA GIRALDO ESTRADA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y OTROS

PERIODO DE APORTES		AL EMPLEADO SE LE DESCONTÓ PARA SEGURIDAD SOCIAL	CAJA, FONDO O ENTIDAD A LA CUAL SE REALIZARON LOS APORTES	
DESDE	HASTA		NOMBRE	NIT. O CÓDIGO
21-05-1981	30-06-2009	Si	CAJANAL E.I.C.E	899.999.010-3

Así mismo, en los reportes de nómina del mes de mayo de 2012 expedido por la Jefe de Nomina del Hospital San Vicente de Paul E.S.E. de Fresno, en donde señala que a la accionante se le venía consignando los aportes al Sistema General de Pensiones al Instituto de los Seguros Sociales – ISS Liquidado hoy en día Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones¹¹.

Finalmente, el testimonio efectuado por la señora Zoila Rosa Mora Grijalba¹² quien manifiesto “... referente a las afiliaciones en ningún momento el Hospital ha hecho ningún vínculo con Porvenir y ningún fondo privado de pensiones, ya que la empleada venia anteriormente vinculada con Cajanal, cuando Cajanal desapareció, se pasó directamente al Instituto del Seguro Social y después Colpensiones y hasta ahí, el hospital no tiene ningún registro donde se ha hecho alguna vinculación a ella a fondo privado de pensiones, lo cual lo puede constar la hoja de vida y, además, yo creo que cuando uno se pasa a una afiliación uno mismo tiene que estar y firmar o aparecer la firma de ella registrada y del gerente del momento” Además precisó dentro del testimonio: “En el momento se hizo, como Cajanal directamente entraba a desaparecer nosotros pasábamos directamente al Instituto del Seguro Social, pero en el momento no se hizo ninguna afiliación nada, ya que automáticamente ellos dijeron que nosotros pasábamos directamente al Instituto del Seguro Social.” Ratificando además, “Para mi es causa del fondo, que migra la información, porque el hospital no ha hecho ningún registro o ha llenado ninguna afiliación de traslado y nada.”.

Por otro lado, se observa el reporte de semanas cotizadas emitida por la Administradora Colombiana de Pensiones, que la accionante se encuentra afiliada a dicho fondo de pensiones a partir del 1° de noviembre de 1997 y a la fecha registra de un total de 23.86 semanas cotizados al régimen de prima media con prestación definida.¹³

Así mismo, se logra analizar de los reporte de nómina expedidos por Hospital San Vicente de Paul ESE de Fresno, la señora Mariela Giraldo Estrada se le venía cancelado los respectivos aportes al Sistema General de Pensiones, al Instituto de los Seguros Sociales – ISS Liquidado¹⁴.

Por último, se advierte que las planillas expedida por Asopagos S.A. se señala que la accionante en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2015, enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio y agosto de 2016 se le venía cancelando los aportes al sistema de seguridad social a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

De los anteriores elementos probatorios allegados dentro del plenario, se logra analizar por parte de esta Instancia Judicial, que la señora Mariela Giraldo Estrada se encontraba afiliada tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; cabe destacar, que la accionante se encontraba afiliada en primer lugar a la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. en Liquidación desde el año de 1981 y tras la liquidación de esta, paso al Instituto Seguro Social – ISS Liquidada hoy en día la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, así mismo se corrobora que la accionante se encontraba afiliada en dicho fondo desde el año 1997. Por otro lado, la accionante se encuentra vinculada en la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. desde el año 2° de mayo de 2009.

¹¹ Fl. 21.
¹² Fls. 330-334.
¹³ Fl. 348 Cd de antecedentes administrativos.
¹⁴ Fls. 14 y 301.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2015-00106-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIELA GIRALDO ESTRADA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y OTROS

Ahora bien, cabe resaltar que dentro del ordenamiento jurídico colombiano se encuentra prohibido las múltiples vinculaciones¹⁵, en cada uno de los regímenes establecidos en el Sistema General de Pensiones, pero menos cierto es, que dentro de la realidad nacional, muchos ciudadanos que encuentra afiliados de manera conjunta en el Régimen de Prestación Definida y al Régimen de Ahorro Individual, en especial, las personas que se encuentran dentro del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 01 de 2005.

Ante tal situación, el Gobierno Nacional expide el Decreto Reglamentario 3995 del 2008, con el fin de dirimir los problemas planteados cuando el afiliado incurre en múltiple vinculación, teniendo en cuenta los tiempos de cotizaciones y preservando el derecho de la libre escogencia de los inscritos al Sistema General de Pensiones, para tal efecto el artículo 2°, señalo:

“Artículo 2°. Afiliación válida en situaciones de múltiple vinculación. Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos que establece la Ley 797 de 2003. Cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos en la ley, esta última vinculación no será válida y el afiliado incurrirá en múltiple vinculación. La vinculación válida será la correspondiente al último traslado que haya sido efectuado con el cumplimiento de los términos legales antes de incurrir en un estado de múltiple vinculación.

Para definir a qué régimen pensional esta válidamente vinculada una persona que se encuentra en estado de múltiple vinculación al 31 de diciembre de 2007, se aplicarán, por una única vez, las siguientes reglas:

Cuando el afiliado en situación de múltiple vinculación haya efectuado cotizaciones efectivas, entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2007, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido el mayor número de cotizaciones; en caso de no haber realizado cotizaciones en dicho término, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido la última cotización efectiva. Para estos efectos, no serán admisibles los pagos de cotizaciones efectuados con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de este decreto.

Cuando el afiliado no haya efectuado ninguna cotización o haya realizado el mismo número de cotizaciones en ambos regímenes entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2007, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales antes de la situación de múltiple vinculación.

Las reglas previstas en este artículo también aplicarán a aquellos afiliados que se encuentran registrados en las bases de datos de los dos regímenes por no haberse perfeccionado el traslado de régimen.” (Negrilla fuera de texto).

Con base a lo anterior, se logra concluir por parte de esta Instancia Judicial que la encargada del reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora Mariela Giraldo Estrada le corresponde a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, por ser actualmente la encargada del Régimen de Solidaridad con Prestación Definida, de conformidad con lo establecido en el artículo 2° del Decreto 3995 de 2008, como quiera que la accionante durante alrededor de 28 años venia cotizando a la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal E.I.C.E. liquidada, es decir, que la demandante se encontraba afiliada desde el 21 de junio de 1981; y al momento en que se ordenó la Liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal E.I.C.E. liquidada, debió haber pasado al Instituto de los Seguros Sociales – ISS Liquidada

¹⁵ Artículo 17. Múltiples vinculaciones. Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos de que trata el artículo anterior, sin embargo, cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. Las demás vinculaciones no son válidas y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2015-00106-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIELA GIRALDO ESTRADA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y OTROS

actualmente la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, conforme lo establecido en el Decreto 2911 de 2009.

Frente este mismo problema, la Honorable Corte Constitucional en sentencia T – 686 del 2 de septiembre de 2010, con ponencia del Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, concluyo:

“5.- En este orden, al tenor del artículo 2º del Decreto 3995 de 2008, el cual según se vio establece las reglas para desatar los eventos de multifiliación, y que concretamente dispone que cuando el afiliado en situación de múltiple vinculación haya efectuado cotizaciones efectivas, entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 2007, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido el mayor número de cotizaciones; al tenor de ello – se insiste- encuentra la Sala que el responsable por el estudio acerca del reconocimiento de la pensión del ciudadano Rincón Ospina, y el eventual pago de la mesada, es el Instituto de Seguros Sociales.”

Por tal motivo, se ordenara a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones el bono pensional de la señora Giraldo Estrada de conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 15 del Decreto 692 de 1992¹⁶.

Así mismo, observa este Despacho que en el presente caso existió por parte de las entidades demandadas una serie de errores, en primer lugar, el Hospital San Vicente de Paul E.S.E. de Fresno a través de Asopagos S.A. al no realizar una correspondiente verificación sobre las entidades que se encontraba realizando los aportes al Sistema de Seguridad Social, en especial al Sistema General de Pensiones, afectando así, los intereses de la demandante. En segundo lugar, las entidades administradoras de pensiones no procedieron acatar las disposiciones establecidas en los Decretos Reglamentarios de la Ley 100 de 1993, afectándose así, los derechos fundamentales a la accionante y teniendo en cuenta que la misma se encuentra en régimen de transición; máxime, cuando la demandante en ningún momento autorizo su traslado del Régimen de Solidaridad con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad.

Ahora bien, el apoderado de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones formulo la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, manifestando que la entidad encargada de tramitar y decidir sobre su el reconocimiento y pago de la mesada pensional es la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Frente a ello, es preciso mencionar que de conformidad con lo plasmado por el Doctor Juan Ángel Palacio Hincapié en su libro titulado “Derecho Procesal Administrativo”, la capacidad para ser parte y para comparecer al proceso comprende dos aspectos: el primero, consistente en la capacidad para demandar o legitimación por activa y el segundo, la capacidad para comparecer como demandado o legitimación por pasiva¹⁷.

Con relación al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el artículo 138 del Código Procedimiento Administrativo y de lo Contenciosos Administrativo¹⁸

¹⁶ Artículo 15. Traslado de régimen pensional. Una vez efectuada la selección de uno de cualquiera de los regímenes pensionales, mediante el diligenciamiento del formulario, los afiliados no podrán trasladarse de régimen, antes de que hayan transcurrido tres años contados desde la fecha de la selección anterior. Para el traslado del régimen solidario de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad y de éste al de prima media, se aplicará lo siguiente:

(...).

b) Si el traslado se produce del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, se le acreditarán en este último el número de semanas cotizadas en el primero y se transferirá el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos y el bono pensional cuando sea del caso. Las cotizaciones voluntarias cuyo retiro no se le haya efectuado al momento del traslado, se devolverán al afiliado, previa solicitud efectuada seis (6) meses antes del traslado.

¹⁷ Derecho Procesal Administrativo 7ª Edición. Juan Angel Palacio Hincapie. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Pág. 199.

¹⁸ Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2015-00106-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIELA GIRALDO ESTRADA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y OTROS

determina que el mismo se interpone en contra de las decisiones proferidas por las entidades públicas, cuando se considere que a través de ellas se vulneró un derecho amparado en una norma jurídica.

Ahora bien, este Despacho considera que la excepción presentada por el apoderado de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, que de conformidad con lo establecido en inciso 3° del artículo 155 de Ley 1151 de 2007, es la entidad encargada de administrar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, siendo además la entidad que expidió el acto administrativo demandado.

Por consiguiente, se negará la presente excepción, como quiera que fue dicha entidad quien expidió la Resolución No. GNR 237256 del 23 de septiembre de 2013, objeto de reproche.

Finalmente, se declarara no probada la excepción de falta de legitimación en la causa pasiva propuesta por el apoderado de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., como quiera que se está ordenando el traslado de los rendimientos y bono pensional de la señora Mariela Giraldo Estrada a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, para que esta reconozca y pague la mesada pensional.

Así mismo, se declara no probada la excepción de improcedencia del traslado al régimen pensional, propuesta por el apoderado de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

Procede esta instancia a judicial a resolver el segundo problema jurídico, en el sentido de establecer si la señora Giraldo Estrada tiene derecho que se reconozca pague la pensión de jubilación, teniendo en cuenta el promedio salarial devengado en el último año de servicios, en cuantía del 75%, con inclusión de todos los factores salariales que compusieron el salario, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

Cabe señalar, que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 creó un régimen de transición que ha sido entendido como un beneficio consagrado en favor de las personas que cumplan determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva ley, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se sigan rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, ha de expresarse que la señora Mariela Giraldo Estrada, se encuentra cobijada por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera que nació el 11 de septiembre de 1956¹⁹, es decir, que para el 1° de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, contaba con más de 37 años de edad, según la cedula de ciudadanía que reposa dentro del plenario, haciéndose merecedora así, de la aplicación de la normatividad anterior a la Ley 100, esto es, la contenida en las Leyes 33 y 62 de 1985.

A su vez, es menester precisar que aquella no es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 1° parágrafo 2° de la Ley 33 de 1985, puesto que a su entrada en vigencia no contaba con los 15 años de servicios requeridos para tal fin, en tanto ingresó a

derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.

¹⁹ FI. 29.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2015-00106-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIELA GIRALDO ESTRADA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBINA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y OTROS

trabajar desde el 21 de mayo de 1981 en el Hospital San Vicente de Paul ESE de Fresno²⁰. Por consiguiente, la accionante contaba con las expectativas legítimas para poder acceder a la pensión de jubilación.

Posteriormente, el acto legislativo 01 de 2005, reguló algunas situaciones con el fin de que el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se extendiera hasta el año 2014. Para tal efecto, el beneficiario debería cumplir además del requisito de la edad o tiempo de servicios, prescrito en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con 750 semanas cotizadas a la fecha que entró a regir el mismo, esto es, al 25 de julio del año 2005. Es decir, que la accionante empezó a laborar para la Empresa Social del Estado desde el 21 de mayo de 1981 hasta la fecha de la presentación de la demanda, conforme lo señala el certificado de información laboral expedido por el Hospital San Vicente Paul ESE de Fresno.

Observa el Despacho, que al momento de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, la accionante contaba con un total de 1270 semanas cotizadas, es decir, que superaba las 750 semanas exigidas por el parágrafo transitorio 4° ibídem.

De lo anterior, se logra concluir que la accionante se encontraba en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, le resultan aplicables las disposiciones contenidas en las leyes 33 y 62 de 1985.

Ahora bien, respecto de la liquidación de la mesadas pensionales del régimen de transición, la Honorable Corte Constitucional en sentencia C – 168 del 20 de abril de 1995, con ponencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz, expuso:

“Dado que en la ley 100 de 1993 se modifican algunos de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, se establece en el inciso segundo del artículo 36, materia de acusación, un régimen de transición que da derecho a obtener ese beneficio mediante el cumplimiento de los requisitos de edad, tiempo de servicio, o semanas cotizadas estatuidas en la legislación anterior, para las personas que a la fecha de entrar a regir el nuevo sistema de seguridad social, tengan 35 años o más de edad si son mujeres, y 40 o más años de edad si son hombres; o a quienes hayan cumplido 15 o más años de servicios cotizados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para obtener tal derecho son los contenidos en las disposiciones de la nueva ley.

En el inciso tercero se fija el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas antes citadas, disponiendo que para quienes les faltare “menos” de diez (10) años de servicio para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Y, si el tiempo que les hiciere falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada de vigencia de la ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.

Adviértase, cómo el legislador con estas disposiciones legales va más allá de la protección de los derechos adquiridos, para salvaguardar las expectativas de quienes están próximos por edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas a adquirir el derecho a la pensión de vejez, lo que corresponde a una plausible política social que, en lugar de violar la Constitución, se adecua al artículo 25 que ordena dar especial protección al trabajo.

(...).

²⁰ Fl. 17.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2015-00106-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIELA GIRALDO ESTRADA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y OTROS

No acontece lo mismo con el aparte final del inciso tercero del artículo 36, objeto de impugnación, en el que sí se consagra una discriminación, que la Corte encuentra irrazonable e injustificada, para efectos de la liquidación de la pensión de vejez entre los trabajadores del sector privado, y los del sector público, pues mientras para los primeros se toma como base el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años de servicios, para los segundos, tal promedio se calcula solamente sobre lo devengado en el último año, desigualdad que contraría el artículo 13 del Estatuto Superior.

En este orden de ideas, son pues exequibles los incisos segundo y tercero del artículo 36, materia de impugnación, con excepción del aparte final de este último que prescribe: "Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos", el cual es INEXEQUIBLE." (Destacado en negrilla por el Juzgado).

Postura, que fue acogida y analizada por el Honorable Consejo de Estado en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018; por tal motivo, la liquidación de la mesada pensional de la señora Mariela Giraldo Estrada por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones deberá realizarse con "el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE" y "los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones." (Destacado en negrilla por el Juzgado)

Por lo anterior, el Despacho declarara la nulidad de las Resoluciones No. GNR 237256 del 23 de septiembre de 2013, por medio de la cual se resolvió de manera negativa la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora Giraldo Estrada y, en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, que reconozca y pague a favor de la demandante, la pensión de vejez, la cual será liquidada teniendo en cuenta para el efecto, el ingreso base de liquidación establecido en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y las disposiciones contenidas en la sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018 emitida por el Honorable Consejo de Estado, en consecuencia esta instancia judicial declara no probada las excepciones de inexistencia de la obligación y legalidad del Acto administrativo demandado propuestas por los apoderados de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y el Hospital San Vicente de Paul ESE Fresno.

En ese orden de ideas, las sumas de dinero dejadas de percibir por parte de la señora MARIELA GIRALDO ESTRADA, deberán actualizarse en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A debiendo dar aplicación a la fórmula utilizada por la Jurisprudencia Contencioso Administrativa, teniendo en cuenta la fecha de causación de esos valores:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Donde el valor presente @ se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la correspondiente asignación mensual, por la cifra que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente al momento de causación de cada una de las asignaciones). Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual, la fórmula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2015-00106-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIELA GIRALDO ESTRADA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBINA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y OTROS

Por tal motivo, el Despacho accederá de manera parcial a lo pretendido por la demandante, como quiera que al ser beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solamente tenía derecho a que de la normatividad anterior, se le aplicara para el monto de su pensión, la edad, el tiempo de servicios y el monto, más no el IBL.

Finalmente, en relación a la pretensión en que el Hospital San Vicente de Paul de Fresno repare el daño causado por no haber podido empezar a disfrutar de su pensión, la misma se negara, como quiera que la parte accionante nunca demostró dentro del proceso de la referencia los perjuicios morales y materiales que padeció la señora Giraldo Estrada por el no reconocimiento de la mesada pensional, por tal motivo, se concluye que la demandante incumplió con la carga de la prueba que procesalmente estaba a su cargo, prevista en el artículo 167 del Código General del Proceso y según el cual: "...incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", noción procesal que se basa en el principio de autorresponsabilidad de las partes y como requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable.²¹

Sobre el tema de la carga de la prueba, el Consejo de Estado²² ha puntualizado:

"Al respecto, el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil establece que las partes tienen la carga de la prueba; postura frente a la cual esta Subsección ha sido enfática respecto de los efectos que su inobservancia acarrea:

"La noción de carga ha sido definida como 'una especie menor del deber consistente en la necesidad de observar una cierta diligencia para la satisfacción de un interés individual escogido dentro de los varios que excitaban al sujeto'. La carga, entonces, a diferencia de la obligación, no impone al deudor la necesidad de cumplir —incluso pudiendo ser compelido a ello coercitivamente— con la prestación respecto de la cual se ha comprometido con el acreedor, sino que **simplemente faculta —la aludida carga—, a aquél en quien recae, para realizar una conducta como consecuencia de cuyo despliegue puede obtener una ventaja o un resultado favorable, mientras que si no la lleva a cabo, asume la responsabilidad de aceptar las consecuencias desventajosas, desfavorables o nocivas que tal omisión le acarree.**

"En ese orden de ideas, el concepto de carga de la prueba se convierte en (i) **una regla de conducta para el juez, en virtud de la cual se encontrará en condiciones de proferir fallo de fondo incluso cuando falte en el encuadramiento la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar y, al mismo tiempo, (ii) en un principio de autorresponsabilidad para las partes, derivado de la actividad probatoria que desplieguen en el proceso, pues si bien disponen de libertad para aportar, o no, la prueba de los hechos que las benefician y/o la contraprueba de aquellos que, habiendo siendo acreditados por el adversario en la litis, pueden perjudicarlas, las consecuencias desfavorables derivadas de su eventual inactividad probatoria corren por su cuenta y riesgo**" (En negrilla por el Juzgado).

Por lo anteriormente expuesto, el Despacho despachará desfavorablemente la pretensión en lo que tiene que ver con el pago de los perjuicios materiales y morales.

²¹"La carga de la prueba es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos...". PARRA QUIJANO Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2004, pág. 242. Y, "...Frente a las partes, se afirma que la carga de la prueba es una norma de conducta para éstas porque indirectamente les señala los hechos que a cada una le interesa probar si quiere sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable..." Betancur Jaramillo, Carlos, De la Prueba Judicial, Ed. Dike.1982, pág. 147.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, sentencia del 25 de julio de 2019, con ponencia de la Dra. Marta Nubia Velásquez Rico Radicación Número: 76001-23-31-000-2006-01832-02(50522)

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2015-00106-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIELA GIRALDO ESTRADA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y OTROS

Finalmente, en relación a la falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el apoderado del Hospital San Vicente de Paul E.S.E. de Fresno, la misma se negara, como quiera que las pretensiones expuestas por la parte actora van dirigidas respecto del pago de los perjuicios materiales y económicos, y, no respecto al reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Así mismo, se declara probada la excepción de cobro de lo debido respecto de la reparación del daño causado por parte de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ya que dicha pretensión, en primer lugar, va dirigida al pago de los perjuicios materiales y morales por parte del Hospital San Vicente de Paul E.S.E. de Fresno, por no haber podido disfrutar la pensión de vejez y, en segundo lugar, la parte actora no demostró dentro del proceso de la referencia, los daños ocasionados no habérsele reconocido la mesada pensional.

6.6. PRESCRIPCIÓN

Respecto al fenómeno de la prescripción, deberá indicarse que conforme al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, “Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto, prescribirán en 3 años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual”.

En el presente asunto, la actora adquirió el status pensional el **11 de septiembre de 2011** y elevó reclamación administrativa tendiente al reconocimiento de su derecho pensional el **5 de julio de 2012**, lo que permite concluir al Despacho que en este caso no operó la prescripción. En consecuencia, se declarará no probada la excepción de prescripción propuestas por los apoderados de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A

7. COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, hoy C.G.P.

Así pues, el Código General del Proceso, en su artículo 365, en cuanto a la condena en costas establece en su numeral 5° que en caso de que **prosperare parcialmente la demanda**, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

Este Despacho dará aplicación al numeral citado, teniendo en cuenta que si bien, se causaron tanto gastos procesales como agencias en derecho, en el presente asunto se accedió parcialmente al reconocimiento de la mesada pensional y se negó la pretensión respecto el reconocimiento y pago de los perjuicios materiales y morales y toda vez que se declaró probada la excepción de cobro de lo no debido respecto de la reparación del daño causado propuesta por el apoderado de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (parte vencida en el proceso), razón por la cual, el juzgado se abstendrá de condenar en costas a las entidades demandadas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Doce Administrativo Mixto del Circuito de Ibagué, Administrando Justicia en Nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2015-00106-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIELA GIRALDO ESTRADA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y OTROS

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA propuestas por los apoderados de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y el HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL ESE DE FRESNO.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de IMPROCEDENCIA DEL TRASLADO DEL RÉGIMEN PENSIONAL propuesta por el apoderado de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA – COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** el bono pensional de la señora **MARIELA GIRALDO ESTRADA** de conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 15 del Decreto 692 de 1992.

CUARTO: DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución No. GNR 237256 del 23 de septiembre de 2013, según lo manifestado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a que reconozca y pague a favor de la señora **MARIELA GIRALDO ESTRADA**, la pensión de vejez, la cual será liquidada teniendo en cuenta para el efecto el ingreso base de liquidación establecido en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, emitida por el Honorable Consejo de Estado.

SEXTO: Las sumas adeudadas se reajustarán de acuerdo con la formula indicada en la parte motiva. A esta providencia se le dará cumplimiento dentro de los términos establecidos en los arts. 187 y 192 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO: DECLARAR probada la excepción de cobro de lo no debido respecto de la reparación del daño, propuesta por el apoderado de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

OCTAVO: DENEGAR las demás suplicas de la demanda.

NOVENO: Sin **COSTAS**.

DÉCIMO: ACEPTASE la renuncia al poder presentado por la doctora **MARGARITA SAAVEDRA MAC AUSLAND**, como apoderada de la parte demandada – **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, obrante a folios 381 y ss. del expediente.

DÉCIMO PRIMERO: RECONÓZCASE personería a la doctora **YOLANDA HERRERA MURGUEITIO**, como apoderada de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en la forma y términos del mandato conferido a folio 386 y ss. del expediente.

DÉCIMO SEGUNDO: ACÉPTESE la sustitución del poder efectuada por la doctora **YOLANDA HERRERA MURGUEITIO** a la doctora **JUDITH CAROLINA PRADA**

EXPEDIENTE: 73001-33-33-005-2015-00106-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIELA GIRALDO ESTRADA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y OTROS

TRUJILLO, como apoderada de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en la forma y términos del mandato conferido a folio 385 del expediente.

DÉCIMO TERCERO: ACÉPTESE la sustitución del poder efectuada por la doctora **YOLANDA HERRERA MURGUEITIO** al doctor **SEBASTIAN TORRES RAMIREZ**, como apoderado sustituto de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en la forma y términos del mandato conferido a folio 396 del expediente.

DÉCIMO CUARTO: RECONÓZCASE personería a la doctora **MAURO ALEXANDER QUICENO SALAZAR**, como apoderado de la parte demandada – **HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL ESE DE FRESNO**, en la forma y términos del mandato conferido a folio 347 y ss. del expediente.

DÉCIMO QUINTO: Por Secretaría hágase entrega de los remanentes que por concepto de gastos ordinarios del proceso existan a favor del accionante

DÉCIMO SEXTO: Una vez en firme, háganse las anotaciones en el programa Siglo XXI y efectuado la totalidad de los trámites acá ordenados, archívese el expediente.

DÉCIMO SÉPTIMO: NOTIFÍQUESE esta sentencia de conformidad con el artículo 203 del CPACA. Se advierte que contra la misma procede el recurso de apelación dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación (Art. 247 Ibidem).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GERMAN ALFREDO JIMÉNEZ LEÓN
JUEZ

