

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO SECCIÓN SEGUNDA¹

Bogotá D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

EXPEDIENTE No.: 11001-33-42-046-2016-00365-00²
DEMANDANTE: CARMEN PILAR ARÉVALO BALAGUERA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y OTRO
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

La señora Carmen del Pilar Arévalo Balaguera, identificada con C.C. No. 20.470.848, a través de apoderado, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del CPACA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y COLFONDOS, con el fin que se hagan declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

¹ Correos electrónicos: jadmin46bta@notificacionesrj.gov.co y jadmin46bt@cendoj.ramajudicial.gov.co
Para la recepción de memoriales solo está disponible el siguiente correo electrónico:
correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

² https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/jadmin46bt_cendoj_ramajudicial_gov_co/Eq6-SrndqANCmLSI9XIDdHYBiXuQbFBylC0EpTVpi_fipw?e=DOnw5l

1.1.1 Pretensiones.

Del curso procesal, se contraen las siguientes:

1. Declarar la configuración del acto ficto o presunto derivado de la petición presentada el día 13 de agosto de 2013 ante la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES -, por medio de la cual se pretendió el reconocimiento y pago de una pensión de vejez en favor de la señora Carmen del Pilar Arévalo Balaguera.
2. Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto negativo derivado de la petición presentada el día 13 de agosto de 2013 ante la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES -, por medio de la cual se solicitó el reconocimiento y pago de una pensión de vejez en favor de la señora Carmen del Pilar Arévalo Balaguera.
3. Como consecuencia de lo anterior, se condene a COLPENSIONES a que reconozca y pague una pensión mensual de vejez en favor de la señora Carmen del Pilar Arévalo Balaguera, de conformidad con lo previsto en la Ley 33 de 1985.
4. Que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar las sumas correspondientes por el pago del retroactivo, desde el momento en que se adquirió el estatus pensional hasta la fecha del reconocimiento efectivo.
5. Que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar en favor de la parte actora la indexación sobre los valores que le sean reconocidos.

1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los hechos que a continuación se exponen brevemente:

1. La señora Carmen Pilar Arévalo Balaguera se afilió al Instituto del Seguro Social - pensiones (hoy Colpensiones) en el mes de mayo de 1979.
2. La señora Arévalo Balaguera contaba con 37 años de edad y 658 semanas cotizadas al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (en adelante RPMPD), al 1º de abril de 1994.

3. En octubre de 1999, la demandante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS).
4. En el mes de octubre de 2009, la accionante decidió retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para tal efecto presentó derecho de petición ante la entidad accionada.
5. Mediante comunicación de 05 de enero de 2010, Colpensiones le comunica a la demandante que su traslado se efectuó a partir del mes de diciembre del año 2009, y, por tanto, a partir del mes de enero debería realizarse los aportes pensionales a Colpensiones.
6. Mediante comunicación de 08 de marzo de 2010, la señora Carmen Pilar Arévalo Balaguera le informó a su empleador el traslado de régimen pensional, y que dicho traslado había sido aceptado.
7. Enterado del traslado, el empleador de la demandante comenzó a realizar las cotizaciones pensionales a COLPENSIONES hasta 31 de diciembre de 2014.
8. El día 12 de agosto de 2013, la demandante radicó ante la entidad accionada solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en la Ley 33 de 1985.
9. Colpensiones, mediante Oficio No. BZZ2013_1593712, le indicó a la demandante que su solicitud no era procedente por existir inconsistencias en el estado actual de afiliación, razón por la cual, es necesario adelantar un trámite conjunto ante las administradoras de regímenes para determinar el estado real de las mismas.
10. En el mes de enero de 2014, Colpensiones, mediante Oficio No. 2013_8787047, le informa a la señora Carmen Balaguera que, a fin de resolver su solicitud, debe realizarse un comité de multivinculación con el fin de determinar a cuál administradora se encuentra válidamente afiliado.
11. Colpensiones le expidió certificación a la actora, en la que se evidencia que está afiliada a dicha entidad desde el 02 de enero de 1995, y su estado es activo cotizante.
12. El día 31 de julio de 2014, la accionante solicitó al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., información del estado de su afiliación, y que en caso que no hubieren realizado el traslado a Colpensiones, de

conformidad con la solicitud de 01 de diciembre de 2019, se procediera a su realización. La entidad demandada respondió la petición; sin embargo, la respuesta no guarda relación con lo pedido.

13. Ante la renuencia de la AFP Protección S.A., la demandante, nuevamente, presentó petición para que le fuera resuelto su estado de afiliación y el traslado solicitado en el mes de octubre de 2019; frente a lo cual la referida entidad le informa que se encuentra afiliada desde el 01 de octubre de 1999 proveniente de un traslado de Colfondos.
14. El día 26 de marzo de 2015, la demandante presentó solicitud de conflicto de competencias ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, cuya finalidad era determinar quién tenía la competencia para reconocer su pensión de vejez.
15. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en auto de 10 de septiembre de 2015, ordenó a Colpensiones y a Protección S.A., realizar el trámite necesario para definir el estado de vinculación de la demandante al sistema pensional, y una vez realizado el dictamen allegaran la decisión definitiva.
16. Los días 30 y 31 de julio de 2015, en Comité de Multivinculación celebrado entre Colpensiones y la AFP Protección S.A., se determinó que esta última es la administradora encargada de gestionar la cuenta pensional de la señora Carmen del Pilar Arévalo Balaguera.
17. El día 30 de noviembre de 2015, Colpensiones allegó ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado la decisión adoptada en el Comité de Multiafiliación, en la que se determinó que la afiliación válida para la accionante es la realizada en la AFP Protección.
18. El día 07 de diciembre de 2015, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se inhibió de pronunciarse sobre el conflicto de competencias planteado ante ella.

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Artículo 13, 29 y 53 de la Constitución Política.

De orden legal y reglamentario: Artículos 13 y 16 de la Ley 100 de 1993, artículo 1º del Decreto 3800 de 2003, Sentencias C-1024-2004 y T-818 de 2007 de la Corte Constitucional, artículos 74 y siguientes del Código de Procedimiento Laboral, Ley

789 de 2002 y demás normas concordantes, Ley 33 de 1985 y demás normas concordantes.

1.1.4 Concepto de violación

El apoderado de la parte actora considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse. Como sustento de ello, en síntesis, manifiesta que:

- El traslado realizado por la demandante es válido. Justamente, las sentencias C-1024 de 2004 y T-818 de 2017, suscritas por la Corte Constitucional, determinan que para configurarse el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el beneficiado debe cumplir alguno de los requisitos allí establecidos (edad o tiempo de servicios). Es decir, que no es necesario cumplir los dos requisitos allí establecidos. De modo que, la demandante, al cumplir 37 años de edad con anterioridad al 1º de abril de 2019, tenía derecho a que se aceptara el traslado del RAI al RPMPD solicitado en mes de octubre del año 2009. Precisa que, a partir de la expedición de la sentencia SU-062 de 2010, se exigió el cumplimiento de tiempo de servicios como requisito necesario para para permitir el traslado. En consecuencia, la decisión adoptada por la entidad demandada, de negar el traslado de régimen pensional, resulta violatoria del principio de legalidad y el principio de favorabilidad contenido en el artículo 53 de la Constitución Política.
- El traslado de régimen pensional realizado por la accionante es válido, toda vez que cumplió con todos los requisitos establecidos en la ley (permanencia, edad y tiempo de servicios), por tanto, no existe multivinculación de la demandante. Aunado a lo anterior, Colpensiones aceptó al traslado pensional, infiriéndose de ello, la producción de efectos jurídicos de dicha aceptación, en particular, los relacionados con la conservación del régimen de transición.
- Colpensiones vulneró los derechos adquiridos y la confianza legítima, al negarse a reconocer el derecho pensional, a pesar de que había reconocido el traslado de régimen pensional. Igualmente, dicha entidad de previsión omitió el deber de consultar el estado de afiliación en el Registro Único de Afiliados, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 del Decreto 3995 de 2008. En tal sentido, Colpensiones no puede alegar su propia culpa.

- Finalmente, destaca que la accionante al momento de la solicitud de reconocimiento pensional contaba con los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985, esto es, la edad (57 años) y tiempo de servicios (20 años).

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

Colpensiones³: En el memorial de contestación de la demanda se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Como fundamento de defensa esgrime que el régimen de transición contenido en la Ley 100 de 1993 es aplicable a las personas que hubieren cumplido el requisito de tiempo de servicios (15 años o 750 semanas cotizadas) a su entrada en vigencia (1 de abril de 1994 o 30 de junio de 1995 para servidores públicos territoriales). En efecto, al realizar un recuento jurisprudencial, concluye que el requisito de tiempo de servicios (15 años cotizados) no ha sido modificado en ningún momento. De modo que, quienes se trasladarán al RAI debían cumplir 15 años de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, conservaría la posibilidad de pensionarse con el régimen de transición.

Acorde a lo antes expuesto, sostiene que el demandante no cumple con el requisito de tiempo de servicios establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razón por la que no es procedente el traslado. Y, además, la entidad competente para autorizar el traslado es el fondo de pensiones al cual se encuentra afiliada la demandante, mas no Colpensiones.

Finalmente, señala que el traslado realizado por la demandante no se materializó, pese a que en la demandante se encontraba afiliada al 01 de diciembre de 2009, toda vez que la demandante no cumplía con los requisitos legales para ello, en particular haber cotizado durante 750 semanas o 15 años de servicio. Sobre el particular destaca que la demandante acredita un total de 718 semanas y que actualmente cuenta con 63 años de edad.

De acuerdo a lo expuesto, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

APF Protección S.A.⁴: Se opone a las pretensiones de la demanda. Como fundamento de defensa sostiene que de acuerdo al Comité de Multivinculación realizado en el mes de julio de 2015, es a dicha entidad la que le corresponde el reconocimiento y pago de la pensión de vejez. Igualmente, afirma que la

³ Documento 19 del expediente digital.

⁴ Documento 8 del expediente digital.

demandante al no ser beneficiaria del régimen de transición, por razón del tiempo cotizado (657 semanas hasta el 30 de junio de 1995), no podía cambiarse de régimen pensional en cualquier tiempo. Por tanto, y teniendo en cuenta que para la fecha de la solicitud de traslado de régimen (octubre de 2009), la demandante tenía 53 años; no era posible el traslado, según lo previsto en el artículo 2º literal E) de la ley 797 de 2003 (traslado con anterioridad a 10 años o menos a adquisición de la pensión).

Destaca que las personas con 15 años de servicio para el 1º de abril de 1990 o 30 de junio de 1995 (servidores públicos) no pierden los beneficios del régimen de transición al escoger el régimen de ahorro individual o trasladarse a él, por tanto, una vez se trasladen al régimen de prima media, puede adquirir su derecho pensional de acuerdo con las normas anteriores a la Ley 100 de 1993.

Finalmente, advierte que la demandante no ejerció la facultad de regresar al RPM, ya sea por retracto (Decreto 1161 de 1994), o en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, o del periodo o año de gracia otorgado por el artículo 1º del Decreto 3800 de 2003. Por ello, no es de recibo que la demandante pretenda invalidar o desconocer el traslado, acto jurídico realizado con la certeza de sus efectos.

1.2.2 Audiencia Inicial⁵

En audiencia inicial el Despacho adelantó todas las etapas procesales contenidas en el artículo 180 del C.P.A.C.A. Además, decretó las pruebas que consideró necesarias para resolver la cuestión objeto de debate.

1.2.3. Audiencia de pruebas⁶

En la audiencia de pruebas, el despacho corrió traslado a las partes de las pruebas decretadas, practicadas y oportunamente allegadas al expediente. Finalmente, se decidió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento de que trata el artículo 182 del CPACA. En consecuencia, dispuso la presentación de alegatos por escrito.

1.2.4 Alegatos

Se presentaron en forma escrita, así:

⁵ Documentos 39-40 del expediente digital.

⁶ Documentos 44-45 del expediente digital.

Parte demandante⁷: Ratificó los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda. En consecuencia, solicita se acceda a las pretensiones de la demanda.

Parte demandada:

Colpensiones⁸: Ratificó los argumentos de defensa esgrimidos en la contestación de la demanda. En consecuencia, solicitó se denieguen las pretensiones de la demanda.

AFP protección S.A.⁹: Ratificó los argumentos de defensa esgrimidos en la contestación de la demanda. En consecuencia, solicitó se denieguen las pretensiones de la demanda

Ministerio Público: Solicitó se profiera fallo inhibitorio, y en caso contrario, desestimar las pretensiones de la demanda. Indica que la parte demandante debió demandar la nulidad de la Resolución No. GNR374069 de 23 de noviembre de 2015, a través del cual Colpensiones declaró la falta de competencia para resolver la solicitud de reconocimiento pensional. De otra parte, sostiene que la demandante no cumplía con el presupuesto de tiempo de servicios contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, contar con 15 años o más de servicios para conservar el régimen de transición. Asimismo, aduce que el traslado efectuado a Colpensiones no es válido, toda vez que se realizó cuando le quedaban menos de 10 años para adquirir su estatus pensional. Finalmente, advirtió que las actuaciones adelantadas por Colpensiones, de ninguna manera, afectaron los principios de legalidad, buena fe y confianza legítima.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

2 CONSIDERACIONES.

2.1 Problema Jurídico

En el presente asunto se pretende establecer: Si en el presente asunto operó el fenómeno del silencio administrativo negativo respecto de la petición presentada por la demandante el día 12 de agosto de 2013.

Dilucidado lo anterior, se deberá determinar si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación de conformidad con lo establecido en

⁷ Documento 49 del expediente digital.

⁸ Documento 51 del expediente digital.

⁹ Documento 48 del expediente digital.

las Leyes 33 y 62 de 1985, por aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

2.2 Hechos probados

Se demostraron en el proceso los hechos que a continuación se indican:

- 1) La señora Carmen Pilar Arévalo Balaguera prestó sus servicios al Departamento de Cundinamarca desde el 24 de abril de 1989 hasta el mes de diciembre de 2014¹⁰.
- 2) El día 12 de agosto de 2013, la demandante presentó derecho de petición ante Colpensiones solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 33 de 1985¹¹.
- 3) Mediante Oficio No. BZ2013_5479839-15913712 de 12 de agosto de 2013¹², Colpensiones le informó a la demandante la existencia de inconsistencias en el estado actual de afiliaciones para lo cual debía realizarse un trámite conjunto entre las distintas administradoras.
- 4) A través del Oficio No. BZ2013-8787047-2641585 de enero de 2014¹³, Colpensiones le informa a la demandante que para resolver su solicitud de definición de multivinculación y corregir su estado de afiliación es necesario realizar un Comité de Multivinculación con la AFP a la que simultáneamente se encuentra vinculada, y que se realizó un cambio de estado por sentencia 1024 a partir del 01 de diciembre de 2009.
- 5) Obra en el expediente certificación emitida por Colpensiones fechada el día 25 de julio de 2014¹⁴, a través de la cual se indica que la señora Carmen del Pilar Arévalo Balaguera se encuentra afiliada como cotizante a dicha entidad.
- 6) El día 31 de julio de 2014¹⁵, la demandante presentó petición ante la AFP Protección en la que solicitó se procediera a confirmar el traslado solicitado ante Colpensiones. La citada petición fue reiterada en el mes de octubre de 2014¹⁶.
- 7) Mediante Oficio fechado el día 27 de octubre de 2014¹⁷, la AFP Protección S.A., resolvió la petición planteada por la accionante. Allí se le indicó que

¹⁰ Ver certificación obrante en las páginas 74-103 del expediente digital.

¹¹ Páginas 40-43 del documento 1 del expediente digital

¹² Página 44 del documento 1 del expediente digital

¹³ Página 45 del documento 1 del expediente digital

¹⁴ Página 46 del documento 1 del expediente digital

¹⁵ Páginas 47-50 del documento 1 del expediente digital

¹⁶ Páginas 51-54 del documento 1 del expediente digital

¹⁷ Página 55 del del documento 1 del expediente digital

desde el 01 de octubre de 1999 se encuentra afiliada a dicha Administradora, y que, para el 01 de abril de 1994, la demandante contaba con 657 semanas cotizadas, razón por la que no es viable su traslado al RPMPD.

- 8) En el mes de marzo del año 2015, la señora Carmen del Pilar Arévalo Balaguera presentó solicitud de conflicto de negativo de competencias ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado¹⁸. En dicho escrito la accionante solicitó la resolución del conflicto de competencias negativo entre la Administradora Colombiana de Pensiones y la AFP Protección respecto de la multivinculación de la demandante.
- 9) Mediante auto de 10 de septiembre de 2015¹⁹, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado conminó a Colpensiones y a Protección S.A., para que definieran el estado de vinculación de la señora Carmen Pilar Arévalo Balaguera.
- 10) En comité de multivinculación celebrado el 09 de octubre de 2015, se determinó que la AFP Protección S.A., es la encargada de administra el fondo pensional de la demandante, por tanto, es dicha administradora quien debe reconocer la pensión de jubilación reconocida a la demandante.
- 11) En consecuencia, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante proveído de 07 de diciembre de 2015²⁰, resolvió inhibirse para pronunciarse respecto del conflicto negativo de competencias, y enviar las diligencias a la AFP Protección S.A. para que realizará el estudio pensional y determinará si la accionante tiene o no derecho a obtener la pensión de vejez solicitada.
- 12) Mediante la Resolución No. 374069 de 23 de noviembre de 2015²¹, Colpensiones declaró la falta de competencia para resolver la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Carmen Pilar Arévalo Balaguera el día 12 de agosto de 2013. En consecuencia, ordenó remitir por competencia a la AFP Protección S.A.
- 13) Mediante Oficio de 17 de febrero de 2016²², la AFP Protección S.A. le informó a la accionante la necesidad de adelantar el trámite del bono pensional para determinar si cuenta con el capital necesario para cubrir la pensión de vejez.

¹⁸ Páginas 55-57 del documento 1 del expediente digital

¹⁹ Páginas 59-61 del documento 1 del expediente digital

²⁰ Páginas 63-70 del documento 1 del expediente digital

²¹ Páginas 18-20 del documento 20 del expediente digital

²² Páginas 71-73 del documento 1 del expediente digital

2.3 Marco Normativo.

2.3.1 Del silencio administrativo

Procede el Despacho a precisar si en el caso bajo estudio, operó el fenómeno del silencio Administrativo respecto de la solicitud elevada por la señora Carmen Pilar Arévalo Balaguera ante la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, el día 12 de agosto de 2013.

Sea lo primero, aclarar que el silencio administrativo conlleva en sí mismo una manifestación negativa o positiva de voluntad de la administración, generada por la omisión de dar respuesta a las peticiones, por tanto, se trata de un verdadero acto administrativo al que se le ha denominado “acto ficto o presunto”.

El artículo 83 del CPACA, respecto del silencio administrativo negativo dispone:

“ARTÍCULO 83. SILENCIO NEGATIVO. Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.

En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda.”.

Conforme a la precitada norma, se tiene que en el caso bajo estudio está demostrado que la parte actora radicó derecho de petición el día 12 de agosto de 2013 ante Colpensiones, con la finalidad le fuera reconocida y pagada la pensión de jubilación; sin embargo, hasta la fecha dicha petición no ha sido resuelta en forma definitiva.

Sobre el particular, se destaca que, a pesar de que Colpensiones expidió la Resolución No. 374069 de 23 de noviembre de 2015, la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación o vejez de la demandante no ha sido resuelta en forma definitiva. Justamente, la citada resolución señala que, luego de realizado el comité de multivinculación, se determinó que la administradora de pensiones competente para pronunciarse sobre la petición de la demandante es la AFP Protección S.A., por tal razón, se dispuso remitir, por competencia, la referida petición a dicha entidad. De modo que, contrario a lo señalado por la agente del ministerio público en su concepto, en el presente asunto se configuró el silencio administrativo negativo, en la medida que no se ha resuelto de fondo la solicitud

impetrada por la accionante. Se destaca que la remisión por competencia, de ninguna manera puede conllevar una decisión de fondo.

Finalmente, se advierte que, mediante Oficio de 17 de febrero de 2016, la AFP Protección S.A. le informó a la accionante la necesidad de adelantar el trámite del bono pensional para determinar si cuenta con el capital necesario para cubrir la pensión de vejez; sin embargo, dentro del plenario no se observó prueba que acreditará que la parte actora realizó los tramites respectivos para obtener el bono pensional. De ello, se infiere que la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez presentada por la parte actora no ha sido resuelta.

Visto lo anterior, no queda duda que, en el presente asunto, se configuró el silencio administrativo negativo respecto de la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez en favor de la demandante.

Aclarado lo anterior procede, el Despacho a establecer si el acto ficto negativo proferido por Colpensiones está incurso en causal de nulidad que amerite su declaratoria, y en tal sentido, ordenar las condenas solicitadas como restablecimiento del derecho.

Así las cosas, el despacho procederá a efectuar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

2.3.1 Del traslado de régimen pensional

El Sistema General de Seguridad Social comprende tres grandes grupos como lo son: la salud, los riesgos profesionales y las pensiones; de este último grupo tenemos que las pensiones se dividen en tres subgrupos, es decir, en tres tipos de pensión, a saber: la pensión de vejez, la pensión de invalidez y la pensión de sobrevivientes, esta última pretendida por la actora.

En tratándose de la pensión de vejez, la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes pensionales a saber: el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. El primero está caracterizado por ser el sistema público de pensiones, en el cual deben cumplir dos requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez, esto es, el tiempo o semanas cotizadas (1300 semanas) y la edad (57 años para las mujeres y 62 años para los hombres). En este régimen el valor de la cuantía pensional depende del ingreso base de liquidación, el cual varía desde el 65% hasta el 85% dependiendo del número de semanas cotizadas.

Por su parte, el **Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS)**, es administrado por los Fondos de Pensiones Privados, basado en el ahorro derivado de las cotizaciones y sus rendimientos financieros. Además, encuentra como característica la solidaridad que garantiza el reconocimiento de una pensión mínima y aportes al Fondo de solidaridad. En este régimen pensional no existen requisitos de edad ni tiempo, pues el único requisito es que se tenga el capital necesario que garantice el pago de la pensión (110% del valor del Salario Mínimo Mensual Legal Vigente). En este régimen el valor de la pensión o de la cuantía pensión depende de la edad en la que el beneficiario quiera pensionarse y de los ahorros acumulados

Ahora bien, el artículo 113 de la ley 100 de 1993, establece la posibilidad de efectuarse traslados entre los distintos regímenes pensionales. El tenor literal del citado artículo dispone lo siguiente:

“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:

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.”

Y respecto de la posibilidad de escogencia del régimen pensional para los servidores públicos, el artículo 128 de la Ley 100 de 1993, establece:

“ARTÍCULO 128. SELECCIÓN DEL RÉGIMEN. Los servidores públicos afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen al que deseen afiliarse, lo cual deberá informarse al empleador por escrito.

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

<Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE**> Los servidores públicos que no estén afiliados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, aquellos que se hallen afiliados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, y los que ingresen por primera vez a la fuerza laboral, en caso de que seleccionen el régimen de prestación definida, se afiliarán al Instituto de Seguros Sociales.

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

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

De acuerdo con las normas precitadas, se tiene que, atendiendo al derecho que tienen los afiliados de escoger su régimen pensional, es posible el traslado de un régimen pensional a otro; sin embargo, para que proceda el traslado deben seguirse las reglas previstas en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que determina lo siguiente:

“ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

(...)

e. <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> 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;”

En consecuencia, el traslado entre los regímenes pensionales puede realizarse siempre que haya permanecido por lo menos 5 años en el régimen escogido al momento inicial, pero nunca podrá realizarse cuando faltare 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

No obstante, el inciso 4º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 – régimen de transición – prevé que las limitaciones fijadas en el literal e) del artículo 13 ibidem, no resultan aplicables a los afiliados que habiéndose pasado al Régimen de Ahorro Individual deseen regresar al régimen de prima media con prestación definida. Es decir, que los beneficiarios del régimen de transición que hubieren escogido el régimen de ahorro individual y que deseen regresar al de prima media con prestación definida pueden hacerlo en cualquier tiempo.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C-789 de 2002, declaró la constitucionalidad de los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siempre que “*se entienda que estas disposiciones no se aplican a quienes habían cumplido quince (15) años o más de servicios cotizados, al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones de la Ley 100 de 1993*” y “*que el régimen de transición se aplica a quienes, estando en el régimen de prima media con prestación definida, se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, habiendo cumplido el requisito de quince (15) años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, y decidan regresar al régimen de prima media con prestación definida, siempre y cuando: a) trasladen a éste todo el ahorro que efectuaron al régimen de*

ahorro individual con solidaridad; y b) dicho ahorro no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media. En tal caso, el tiempo trabajado les será computado en el régimen de prima media.”.

Posteriormente, la Corte Constitucional en sentencia de C-1024 de 2004, al referirse respecto de la constitucionalidad del artículo 2º de la Ley 797 que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, nuevamente concluyó que los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que se hubieren trasladado al RAIS, podían regresarse el Régimen de Prima Media con Prestación Definida en cualquier tiempo, siempre que se cumplan los requisitos previstos por la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002.

Los anteriores preceptos fueron recogidos por el Gobierno Nacional en el Decreto 3800 de 2003, que en su artículo 3º establece:

“ARTÍCULO 3o. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. <Artículo no compilado en el Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo [3.1.1](#) del mismo Decreto 1833 de 2016> <Apartes tachados NULOS> En el evento en que una persona que a 1º de abril de 1994 tenía quince (15) o más años de servicios prestados o semanas cotizadas, que hubiere seleccionado el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, decida trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, le será aplicable el régimen de transición previsto en el artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993, por lo cual podrán pensionarse de acuerdo con el régimen anterior al que estuvieren afiliados a dicha fecha, cuando reúnan las condiciones exigidas para tener derecho a la pensión de vejez, siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos:

a) Al cambiarse nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se traslade a él el saldo de la cuenta de ahorro individual del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y

~~b) Dicho saldo no sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez, correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el Régimen de Prima Media, incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en este último.~~

~~En tal evento, el tiempo cotizado en el Régimen de Ahorro Individual le será computado al del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.~~

~~Para efectos de establecer el monto del ahorro de que trata el literal b) anterior no se tendrá en cuenta el valor del bono pensional.”~~

Posteriormente, se expidió el Decreto 3995 de 2008, que respecto del traslado de personas beneficiarias del régimen de transición dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 12. TRASLADO DE PERSONAS CON MENOS DE 10 AÑOS PARA CUMPLIR LA EDAD PARA TENER DERECHO A PENSIÓN. <Artículo compilado en el artículo [2.2.2.4.10](#) del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo [3.1.1](#) del mismo Decreto 1833 de 2016> Las personas vinculadas al RAIS a las que les falten

menos de 10 años para cumplir la edad para la pensión de vejez del Régimen de Prima Medía, podrán trasladarse a este únicamente si teniendo en cuenta lo establecido por las Sentencias C-789 de 2002 y la C-1024 de 2004, recuperan el régimen de transición. La AFP a la cual se encuentre vinculado el afiliado que presente la solicitud de traslado, deberá remitir toda la información necesaria para que el ISS realice el cálculo respectivo conforme a lo señalado en el artículo 7º del presente decreto. Una vez recibida la información contará con 20 días hábiles para manifestar si es viable el traslado.”

Ahora bien, la Corte Constitucional en sentencia SU-060 de 2010 reiteró la postura adopta por dicha corporación en las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, respecto de la no aplicación de los términos mínimos de traslado prevista en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 cuando se trate de una persona beneficiaria del régimen de transición. No obstante, advirtió que en el evento que exista un valor menor ahorrado en el RAIS respecto del que debió cotizarse en el RPMD, el afiliado podrá, dentro de un término prudencial aportar o pagar el valor de la diferencia, por tanto, no es posible negar de plano el traslado de régimen aduciendo la no equivalencia del ahorro.

Finalmente, se advierte que el Consejo de Estado en sentencia de 06 de abril de 2011 proferida dentro del radicado No. 11001-03-25-000-2007-00054-00 (1095-07), declaró la nulidad del literal b) y el inciso final del artículo 3º del Decreto 3800 de 2003, por considerar que el ejecutivo desbordó la potestad reglamentaria. Y en virtud de ello, se colige que no es necesario la equivalencia del ahorro o bono pensional entre uno y otro régimen. En tal sentido, para que el beneficiario del régimen de transición que de traslade el RAIS al RPMD solo basta que haya efectuado cotizaciones durante 15 años o 750 semanas y que se haga el traslado de todo el ahorro que se tenga en el Régimen de Ahorro Individual.

2.3.2 Del reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez

La Ley 6 de 1945²³ en su artículo 17 literal b) estableció en favor de los empleados y obreros nacionales el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, cuando aquellos hubieren cumplido más de 50 años y 20 años de servicio continuo o discontinuo al servicio de entidades públicas. La cuantía de dicha prestación sería equivalente a las dos terceras partes de los sueldos o jornales devengados, sin que pudiese ser inferior a 30 pesos ni superior a 300.

Posteriormente, el artículo 4 de la Ley 4 de 1966²⁴, “*Por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de*

²³ “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.”

²⁴ **ARTICULO 4o.** A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.

jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones”, incrementó la cuantía de la pensión de jubilación, pasando del 66% (dos terceras partes) al 75% de los salarios devengados en el último año de servicio.

El Decreto 3135 de 1968, en su artículo 27 respecto de la pensión de jubilación dispuso:

“Art. 27.- El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio (...)” (Subraya y Negrita del despacho).

De la norma precitada, se evidencia, en primer lugar, que la edad de jubilación de los varones fue incrementada, estableciéndose en 55 años; mientras que las mujeres seguirían adquiriendo su derecho pensional a los 50 años de edad; y, en segundo lugar, que el tiempo de servicios y la cuantía pensional permanecieron iguales al régimen anterior, es decir, 20 años de servicios y 75% de los salarios devengados en el último año de servicio.

El Decreto 3135 de 1968 fue reglamentado por el Decreto 1848 de 1969, el cual respecto de la cuantía pensional precisó en su artículo 73, lo siguiente:

“Artículo 73º.- Cuantía de la pensión. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los **salarios y primas de toda especie percibidas** en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin. (Subrayado declarado nulo. Sentencia del 7 de junio de 1980 H.C. de E.). (Negrita del Despacho)”

La precitada norma precisa que la cuantía de la pensión se calculará sobre el 75% de todos los salarios y primas devengados en el último año de servicios; sin embargo, no se estableció cuáles emolumentos constituían salario, razón por la cual, el legislador, a través del Decreto 1042 de 1978²⁵, dispuso que son factores salariales además de la asignación básica y del trabajo suplementario, *“todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución directa por sus servicios”*²⁶.

²⁵ “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.”.

²⁶ **Artículo 42º.-** *De otros factores de salario.* Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario: a) Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto; b) Los gastos de representación; c) La prima técnica; d) El auxilio de transporte; e) El auxilio de alimentación; f) La prima de servicio; g) La bonificación por servicios prestados; h) Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión

En concordancia con lo dispuesto, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, estableció una lista de los factores salariales que se deben tener en cuenta para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación.

El tenor literal del artículo del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 es el siguiente:

“Artículo 45º.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;
- c) Los dominicales y feriados;
- d) Las horas extras;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de navidad;
- g) La bonificación por servicios prestados;
- h) La prima de servicios;
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;
- k) La prima de vacaciones;
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecutable del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.”

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985²⁷, se equiparó la edad de hombres y mujeres para efectos de jubilación (55 años), se unificaron los regímenes pensionales de los empleados oficiales de todos los niveles, y se consagraron unas excepciones en cuanto a su aplicación.

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985, dispuso lo siguiente:

“Art. 1.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión 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.

....

Parágrafo 2º: **Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.**

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando

²⁷ “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.”

cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Parágrafo 3°. En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener la pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley. (Negrita y Subrayado fuera del texto original).

De conformidad con lo expuesto, se infiere que la Ley 33 de 1985 contenía el régimen pensional aplicable al sector público sin distinción alguna; salvo en los siguientes eventos: 1) Cuando se ejercieran actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. 2) **Cuando a la fecha de entrar vigencia de dicha ley, los empleados oficiales hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones que regían con anterioridad**, y 3) Cuando los empleados oficiales que, a la fecha de la vigencia de la Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiéndose por las normas anteriores.

Por su parte, la **Ley 62 de 1985**²⁸, respecto de la base de liquidación de la Pensión de Jubilación estableció que cuando se trate de empleados de orden Nacional, se deberán tener para efectos de liquidar su pensión los siguientes emolumentos: Asignación Básica, Gastos de Representación, Primas de Antigüedad, Técnica, Ascensional y de Capacitación, Dominicales y Feriados, Horas Extras, Bonificación por Servicios Prestados, Trabajo Suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

Ahora bien, la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como del Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha determinado que la naturaleza del listado contenido en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, es de carácter enunciativo, pues se debe entender como salario, todo lo que devenga el trabajador de manera periódica y permanente y que tenga como finalidad retribuir el servicio prestado por el trabajador (funcionario público).

La Ley 100 de 1993, instauró un Sistema de Seguridad Social, que derogó la mayoría de regímenes pensionales que se encontraban vigentes para su fecha de expedición, lo cual trajo como consecuencia, la modificación de los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización que debían cumplir las personas; sin embargo, teniendo en cuenta las posibles **expectativas legítimas** de las personas que para el momento de entrada en vigencia de dicha norma se encontraban cerca de acceder a su derecho a la pensión y, previendo el tránsito de las diferentes normas pensionales, en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se

²⁸ "Por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 de 1985"

consagró el **Régimen de Transición** que fijó las reglas para identificar en qué casos se pueden aplicar regímenes pensionales anteriores, así:

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

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

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. ~~Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuese 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. (...)~~ (Subraya y Negrita del Despacho).

Acorde con lo expuesto, se tiene que el régimen de transición se aplica respecto de la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión previsto en el régimen anterior, siempre que al momento de entrar en vigencia el sistema (1 de abril de 1994), el beneficiario (cotizante) tenga treinta y cinco años o más de edad si son mujeres, o cuarenta o más si son hombres, o quince o más años de servicio cotizados.

Del análisis normativo y jurisprudencial se concluye que, a pesar de las múltiples modificaciones que han introducido desde el año 1945 sobre la pensión de jubilación, el legislador ha propendido por las personas que tienen expectativas legítimas sobre la mencionada prestación o respecto de quienes ya hubieren cumplido los requisitos para ser beneficiario de aquella pero no se les ha reconocido la misma, razón por la cual, se han creado regímenes de transición de aplicación de la norma en beneficio del trabajador, atendiendo que cada nuevo régimen pensional es más gravoso que el régimen anterior.

2.3.4 El Acto Legislativo 01 de 2005 y los derechos pensionales adquiridos

El Acto Legislativo 01 de 2005, consagra el respeto de los derechos adquiridos con arreglo a la ley, estableciendo procedimientos para la revisión de las pensiones

reconocidas con abuso del derecho, o fraude a la ley, o aquellas que no cumplen los requisitos consagrados en la legislación, en las convenciones colectivas y laudos arbitrales válidamente celebrados.²⁹ En sentencia C-258 de 2013, la Corte señaló que el acto legislativo protege los derechos adquiridos pensionales y “los definió como aquellos no obtenidos con fraude a la ley o abuso del derecho”.³⁰

El diseño legislativo pensional, en la actualidad, consagra el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el parágrafo 4° transitorio del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, que prescribió su vigencia hasta el 31 de julio de 2010 y, a efectos de proteger las expectativas de quienes estuvieran próximos a pensionarse, dispuso que quienes cumplieran los requisitos para beneficiarse del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y que al momento de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (25 de julio de 2005), tuvieran cotizadas al menos setecientas cincuenta 750 semanas, o su equivalente en tiempo de servicios, tendrían derecho a beneficiarse de dicho régimen hasta el año 2014.

En este orden de ideas, la persona que cumple los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición, de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, guarda la expectativa de pensionarse bajo el régimen al cual se encontraba afiliada, siempre y cuando acredite el cumplimiento de 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 -29 de julio de 2005- beneficio que conserva hasta el año 2014.

3. CASO CONCRETO

De lo demostrado en el proceso, se tiene que la señora Carmen Pilar Arévalo Balaguera nació el **17 de junio de 1956**, por tanto, para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994), la demandante contaba con **más de 37 años de edad**, situación que permite inferir que, por razón de la edad, era beneficiaria del régimen de transición **previsto en la Ley 100/93 (Art.36)**

No obstante, la demandante al haberse trasladado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Lo anterior atendiendo a

²⁹ Acto Legislativo 01 de 2005, Artículo 1°. “El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, **respetará los derechos adquiridos** con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley este a su cargo (...) **En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos.**”

³⁰ Se entiende que comete abuso del derecho: “(i) *aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico;* (ii) *quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico;* (iii) *el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines;* y (iv) *aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue*”.

que para conservar el régimen de transición al momento de realizar el traslado debía cumplir con el requisito de tiempo de servicios (15 años o 750 semanas cotizadas) a su entrada en vigencia (1 de abril de 1994 o 30 de junio de 1995 para servidores públicos territoriales).

Sobre el particular, se tiene que la demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional contaba con 657 semanas cotizadas, es decir, no cumplía con el requisito de 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Por tanto, al trasladarse de régimen pensional, y siendo este un acto libre, voluntario y consciente de la parte actora (aspecto no alegado), se tiene que la demandante perdió el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993.

De otra parte, se resalta que, como quedó anotado en los hechos demostrados, la entidad que debe reconocer la pensión de vejez a la actora es la AFP Protección, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, en consecuencia, el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación en los términos de las Leyes 33 y 62 de 1985, resulta improcedente en este caso.

Finalmente se destaca que si la parte actora no se encontraba conforme con la decisión del Comité de Multivinculación debió interponer los recursos de ley o adelantar las acciones legales correspondientes; sin embargo, la parte actora guardó silencio respecto de dicho aspecto.

Decisión.

En conclusión, se encontró demostrado, por un lado, que la señora Carmen Pilar Arévalo Balaguera no es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, toda vez que realizó el traslado del Régimen Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro individual sin cumplir con el requisito de tiempo de servicios. Igualmente, se tiene que la entidad demandante para reconocer la pensión de vejez de la demandante es la AFP Protección S.A., no la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.

En consecuencia, no es procedente el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación en favor de la señora Carmen Pilar Arévalo Balaguera, de conformidad con lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985, razón por la cual, las pretensiones de la demanda se desestimarán.

No obstante, y atendiendo que se acreditó la configuración del silencio administrativo negativa, el despacho así lo declarará.

Condena en costas.

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”*

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir, mandar, proveer”, es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar de manera consecuencial en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Ha precisado el Honorable Consejo de Estado en diversas decisiones de distintas Secciones¹³ la improcedencia de la condena en costas si no se supera la valoración mínima o juicio de ponderación subjetiva de la conducta procesal asumida por las partes y la comprobación de su causación. Señala que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó de manera parcial el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 ibidem, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

Corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. Luego de ello, si hay lugar a imposición, el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudiría a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución

Así las cosas, en el presente caso, frente al resultado adverso a los intereses de la parte vencida, se tiene que el derecho de acción ejercido por la parte demandante estuvo orientado a declarar la nulidad del acto acusado, y si bien sus argumentos no prosperaron, son jurídicamente razonables. De igual forma, en lo que concierne a la actividad judicial propiamente dicha, no se observa que la parte vencida haya empleado maniobras temerarias o dilatorias en la defensa de sus intereses, razón suficiente para abstenerse de imponer condena en costas.

Tampoco hay lugar a condena en costas en esta instancia, porque el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso³¹ establece que «*Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*³²» y en el expediente no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen la condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR que en el presente caso operó el silencio administrativo negativo frente al derecho de petición presentado el día 12 de agosto de 2013 ante la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES -, por la señora Carmen del Pilar Arévalo Balaguera, identificada con C.C. No. 20.470.848, por medio del cual solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, de conformidad con lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985.

SEGUNDO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: No condenar en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial delegada ante esta Dependencia Judicial.

³¹ Ley 1564 de 2012.

³² Se reitera el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, Exp. 20485, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que lo hubiere.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

Firmado Por:

Elkin Alonso Rodriguez Rodriguez
Juez
Oral 046
Juzgado Administrativo
Bogotá D.C., - Bogotá, D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

1a0648de0ef7cf18637c805d28e929c476b32b3b6943d7f3d022f5a341594450

Documento generado en 17/08/2021 08:03:29 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>