

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO CINCUENTA Y CUATRO (54) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Expediente No. : 11001 33 42 054 **2016 00474 00**
Demandante : ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES
Demandada : MARÍA EMÉRITA GACHA DE NIETO

Se encuentra el expediente al Despacho para proferir la sentencia que en derecho corresponda, en el proceso iniciado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**, en adelante **Colpensiones**, por intermedio de apoderado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la señora **MARÍA EMÉRITA GACHA DE NIETO**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 20.420.327 de Cajicá. Sin encontrarse causal de nulidad que invalide lo actuado y cumplidos los presupuestos y las ritualidades procesales se procede a efectuar el análisis jurídico del *sub lite*, de la siguiente manera:

1. DEMANDA¹

1.1. Pretensiones.

“1. Que se declare la Nulidad de la Resolución 99867 del 19 de mayo de 2013 expedida por Colpensiones a través de la cual reconoció y ordenó el pago de la pensión de vejez a la señora GACHA DE NIETO MARÍA EMÉRITA.

2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho:

2.1. Que se ordene a la señora GACHA DE NIETO MARÍA EMÉRITA a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, la devolución de los valores pagados por concepto de pensión de vejez desde la fecha de inclusión en nómina de pensionados de la Resolución 99867 del 19 de mayo de 2013 y hasta que se ordene su suspensión provisional o se declare la nulidad.

¹ Documento 01. 2016-00474 DEMANDA,PODER,ANEXOS, páginas 351 a 362.

2.2. *Que se ordene a la Entidad Promotora de Salud SUSALUD EPS a favor de la Administradora Colombiana de pensiones – Colpensiones, el reintegro del valor girado por concepto de salud a favor de la señora GACHA DE NIETO MARÍA EMÉRITA desde la fecha de inclusión en nómina de pensionados de la Resolución No. 99867 del 19 de mayo de 2013 y hasta que se ordene su suspensión provisional o se declare su nulidad.*

2.3. *Que se ordene el pago de la indexación o intereses a los que haya lugar, según el caso”.*

1.2. Hechos.

Describe la situación fáctica de la siguiente manera:

1.2.1. Mediante la Resolución No. 99867 del 19 de mayo de 2013, Colpensiones reconoció pensión de vejez a la señora María Emérita Gacha de Nieto, según lo ordenado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, en cuantía de \$695.340, efectiva a partir del 4 de diciembre de 2012.

1.2.2. El 24 de junio de 2013, la señora María Emérita Gacha de Nieto interpuso recursos de impugnación contra la Resolución No. 99867 del 19 de mayo de 2013.

1.2.3. Con la Resolución No. 159323 del 7 de mayo de 2014, Colpensiones resolvió el recurso de reposición y solicitó la revocatoria del reconocimiento pensional.

1.2.4. Con la Resolución No. VPB 23365 del 2 de diciembre de 2014, Colpensiones resolvió el recurso de apelación y confirmó la decisión de la Resolución No. 159323 del 7 de mayo de 2014, porque:

- Se evidenciaba que la asegurada presentaba un traslado de fondo a ahorro individual de Porvenir S.A.
- La demandada había realizado un nuevo traslado al régimen de prima media por sentencia del 1° de diciembre de 2011.
- La asegurada al 1° de abril de 1994 no acreditó 15 años de servicios y/o 750 semanas cotizadas, por lo que no conservó el régimen de transición.

1.3. Normas violadas:

La parte demandante invoca como normas violadas las siguientes:

- Ley 100 de 1993, artículo 36.

- Decreto 3800 de 2003.
- Sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004, SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013 de la Corte Constitucional.
- Circular 8 de 2014 de Colpensiones.

1.4. Concepto de la violación:

No procedía el reconocimiento de la pensión de vejez de la señora María Emérita Gacha de Nieto, realizado con la Resolución No. 99867 del 19 de mayo de 2013, con aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, porque no conservó el régimen de transición, puesto que: (i) presentó un traslado al régimen de ahorro individual y se devolvió al régimen de prima media con prestación definida, y (ii) al 1° de abril de 1994 no acreditaba 15 años de servicio o 750 semanas cotizadas.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

A través de curador *ad litem*, la demandada se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones: (i) buena fe, (ii) dignidad humana, (iii) protección especial constitucional y (iv) propiedad privada - derechos adquiridos

Sobre la buena fe dijo que la facultad administrativa de corroborar el cabal cumplimiento de los requisitos pensionales y evitar, por un lado, que se defraude el sistema pensional y, por otro, evitar futura inseguridad jurídica y quebrantamiento de la confianza legítima del ciudadano pensionado estaba en cabeza de la entidad actora.

En cuanto a la dignidad humana sostuvo que cambiar la decisión con la cual se reconoció la pensión era nociva porque afectaba sus derechos fundamentales, que un estado social de derecho debía proteger y afectaría el mínimo vital de la pensionada que se encuentra afectada en su pérdida de capacidad laboral.

Invocó la protección especial constitucional, en cuanto la señora María Emérita Gacha de Nieto, actualmente, hace parte de la categoría de personas de la tercera edad. Razón por la cual se debía permitir disfrutar de su pensión.

² Documento 05.1 Contestación Demanda (II) 17-07-20.

Finalmente, dijo que la pensión que le fue reconocida era un derecho adquirido y actualmente la demandada gozaba de dicha prestación, la cual ingresa y hace parte de su patrimonio, luego, su desconocimiento o desmejoraría y causaría una grave e injustificada inmersión y regresión en sus derechos fundamentales.

3. TRÁMITE PROCESAL

- Con auto del 9 de junio de 2016 fue admitido el presente medio de control.
- Ante la imposibilidad de poder surtir la notificación personal a la señora María Emérita Gacha de Nieto, con auto del 13 de julio de 2017, se ordenó nombrar curador *ad litem*.
- A través de auto del 31 de octubre de 2019, se nombró al abogado Porfirio Riveros Gutiérrez como curador *ad litem* de la señora María Emérita Gacha de Nieto.
- El 15 de marzo de 2021, se fijaron en lista las excepciones de la parte demandada. La entidad demandante, en oportunidad, se opuso a las excepciones propuestas, consideró que no acreditaba el cumplimiento de los requisitos por parte de la demandada para ser beneficiaria de la pensión.
- El 6 de mayo de 2021, se realizó audiencia inicial en la que se efectuó el saneamiento del proceso y se fijó el litigio de la siguiente manera:

“Así las cosas, el litigio queda circunscrito a establecer la legalidad de la Resolución No. 99867 del 19 de mayo de 2013, proferida por la Administradora Colombiana de Pensiones -en adelante Colpensiones-, por medio de la cual se le reconoció una pensión de vejez a la señora María Emérita Gacha; y si existe obligación a la demandada a que reintegre los valores recibidos como pensión de vejez desde la fecha de inclusión en nómina, debidamente indexados o con intereses.

No se incluye la pretensión con la cual solicita se ordene a la EPS SUSALUD el reintegro de lo cancelado por salud, porque esta entidad no se encuentra demandada dentro del presente proceso”.

Además, se resolvió la medida cautelar solicitada, se otorgó valor probatorio a las pruebas y se concedió término para que las partes alegaran por escrito.

4. Alegatos de conclusión.

4.1. De la parte demandante:

A través de documento electrónico, allegado el 10 de mayo de 2021, Colpensiones manifestó que estaba probado que la señora María Emérita Gacha de Nieto, a quien se le reconoció pensión de vejez a través de la Resolución No. 99867 del 19 de mayo de 2013, no cumplía con los requisitos para haber sido beneficiaria del régimen de transición sobre el cual se le reconoció dicha prestación. Por tanto, se debía declarar la nulidad del acto demandado y acceder a las pretensiones.

4.2. De la parte demandada

El curador *ad litem* manifestó que de conformidad con los derechos amparados por la Constitución (inciso 3° del artículo 13 y en el artículo 46) y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la demandada tenía en su haber patrimonial el pago de una pensión que le fue reconocida, por medio de acto administrativo válidamente proferido y presuntamente ajustado a derecho. Sostuvo que las pretensiones planteadas, por la entidad demandante, estarían buscando la intervención de una inquebrantable garantía fundamental, pues, el derecho de pensión de la demandada gozaba de un blindaje legal.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

Este Despacho es competente para conocer y decidir el asunto, de conformidad con lo establecido en el numeral 2° del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. Acto Administrativo Demandado.

En el presente asunto se debate la legalidad de la Resolución No. 99867 del 19 de mayo de 2013, mediante la cual se reconoció una pensión de vejez a favor de la señora María Emérita Gacha de Nieto.

3. Problema jurídico.

El asunto sobre el que debe decidir el Despacho se contrae a establecer la legalidad de la Resolución No. 99867 del 19 de mayo de 2013, por medio de la cual se reconoció una pensión de vejez a la señora María Emérita Gacha de Nieto; y si existe obligación de la demandada a reintegrar los valores recibidos como pensión

de vejez desde la fecha de inclusión en nómina, debidamente indexados o con intereses.

Teniendo en cuenta que la solicitud de nulidad del acto administrativo demandado se sustenta en la existencia de un traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad al haberse afiliado a Porvenir S.A., y que, a su regreso al régimen de prima media, no cumplía con los requisitos señalados en la Ley 100 de 1993, para ser beneficiaria del régimen de transición, se hace necesario estudiar: (i) los regímenes pensionales, (ii) el traslado de regímenes pensionales y la pérdida del beneficio del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y (iii) el caso concreto.

4. Régimen Legal y Jurisprudencial aplicable al caso en estudio.

En primer lugar, es menester referirse a la Ley 100 de 1993 a través de la cual se consagró un nuevo sistema pensional que entró en vigencia el 1° de abril de 1994, no obstante, esa ley estableció que, respecto de los derechos adquiridos pensionales antes de la entrada en vigencia de la ley, su régimen pensional sería el vigente al momento en que se adquirió el status jurídico, por lo mismo dispuso:

“Artículo 11.- El sistema general de pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes del sector público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general.

Para efecto de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo.”

Así pues, en el régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993 se dispone que el nuevo régimen general de pensiones, en determinados aspectos del mismo, opera para quienes al 1° de abril de 1994 se encontraran en las circunstancias previstas en su artículo 36, que es del siguiente tenor:

“Art. 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

(...).”

En esas condiciones, es claro que en el caso de las personas que con anterioridad al 1° de abril de 1994, fecha en que entró a regir la Ley 100 de 1993, tenían treinta y cinco (35) o más años de edad para mujeres o cuarenta (40) o más años de edad para hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, mantendrían el régimen anterior al cual se encontraban afiliados. De esta manera, quedó consolidado un derecho pensional frente a ese régimen, con independencia de que su reconocimiento se hiciera con posterioridad a la vigencia del régimen pensional de la Ley 100 de 1993.

4.1. De los regímenes pensionales en Colombia

En cumplimiento del objetivo primordial de la Ley 100 de 1993, contenido en el artículo 10, que señala el deber de garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones determinadas en esa norma, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones; se estructuraron dos regímenes solidarios excluyentes entre sí, pero coexistentes, como son, el régimen de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad.

El régimen de prima media con prestación definida asumió la forma de financiamiento de pensiones que se encontraba vigente antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, y se constituyó en un fondo común de naturaleza pública integrado por los aportes realizados por cada uno de los afiliados al sistema, quienes adquieren el derecho a la pensión al cumplimiento de los requisitos de edad y número de semanas cotizadas exigidas por la ley.

Por su parte, el régimen de ahorro individual con solidaridad se instituyó como un sistema en que las pensiones se financian a través de una cuenta de ahorro individual del afiliado, dirigido por las Administradoras de Fondos de Pensiones, en donde los afiliados adquieren el derecho pensional con base en el capital depositado en la respectiva cuenta.

Frente a la afiliación a los regímenes pensionales existentes la norma en estudio dispuso:

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

a. <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes;

*b. **La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.** El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.*

c. Los afiliados tendrán derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones y de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes, conforme a lo dispuesto en la presente ley.

d) La afiliación implica la obligación de efectuar los aportes que se establecen en esta ley;

*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;*

f) Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio;

g) Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualquiera de ellos;

h) En desarrollo del principio de solidaridad, los dos regímenes previstos por el artículo 12 de la presente ley garantizan a sus afiliados el reconocimiento y pago de una pensión mínima en los términos de la presente ley; (...).” (Negrilla fuera de texto)

Según la norma, son disposiciones comunes para ambos regímenes: i) la afiliación al sistema es obligatoria, ii) el afiliado podrá elegir de manera libre y voluntaria el régimen pensional que considere conveniente, iii) la afiliación del régimen implica la obligación de efectuar los aportes conforme a lo establecido en la ley, y iv) los afiliados al sistema general de pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran, una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de

régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el Gobierno Nacional.

4.2. Del traslado de regímenes pensionales y la pérdida del beneficio del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993³ consagraron la pérdida del régimen de transición para quienes al 1° de abril de 1994 tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres, o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, en los siguientes eventos:

- i) Cuando el afiliado de manera voluntaria decide acogerse definitivamente al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetan a todas las condiciones pensionales de este último.
- ii) Cuando el afiliado escogió el régimen de ahorro individual con solidaridad y posteriormente decide trasladarse al de prima media con prestación definida.

³ Ley 100 de 1993. “Artículo 36. Reglamentado por el Decreto Nacional 2527 de 2000. 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.

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. El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-168 de 1995.

Inciso declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-789 de 2002. Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Inciso declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-789 de 2002. Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Como la norma fue clara en señalar que tales eventos de pérdida del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, solamente serían aplicables a aquellos que cumplieran el requisito de la edad, esto es, quienes a 1° de abril de 1994 tuvieran cumplidos 35 años, para el caso de la mujeres, o 40 para los hombres, quedaron entonces eximidos de estas causales de pérdida del régimen quienes al 1° de abril de 1994 hubiesen cumplido 15 o más años de servicios, los cuales podrán trasladarse de régimen pensional sin perder los beneficios del régimen de transición⁴.

Estos incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por los cuales se establecieron las causales de pérdida del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, para quienes tuviesen el requisito de la edad, fueron estudiados por la Corte Constitucional en la demanda de inconstitucionalidad, por la cual se les endilgaba el cargo de violación al derecho a la igualdad y a los derechos adquiridos de los beneficiarios, pues el actor consideraba que se vulneraba el régimen de transición al prever la pérdida de sus beneficios a los destinatarios del mismo por edad. La Corte mediante la sentencia C-789 de 2002, señaló que tal régimen de transición no podía ser considerado como un derecho adquirido sino una expectativa legítima a la cual decidieron renunciar de manera voluntaria algunas personas, para trasladarse al sistema de ahorro individual con solidaridad. Por consiguiente, consideró que la prohibición de renunciar a beneficios laborales mínimos no se extiende a meras expectativas, sino a aquellos derechos que hayan sido adquiridos por sus titulares o a aquellas situaciones que se hayan consolidado definitivamente en cabeza de sus titulares.

Concluyó el estudio de la Corte Constitucional señalando que, con fundamento en los principios de proporcionalidad, los incisos 4 y 5 del artículo 36, no podrían ser aplicados para aquellos trabajadores que para el 1° de abril de 1994 acreditaran haber cotizado 15 años o más de servicios, pues estos, a diferencia de los trabajadores que son beneficiados del régimen de transición por cumplir con el requisito de edad, habían cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión.

En consecuencia, manifestó que la disposición demandada pretende impedir un desequilibrio en el Sistema General de Pensiones, evitando que los beneficiarios del régimen de transición por edad, con aportes bajos al sistema y habiendo decidido acogerse al régimen de ahorro individual con solidaridad, terminaran beneficiándose

⁴ Ver sentencia T-2011 de 2016 de la Corte Constitucional

de los dineros aportados por los trabajadores que, con un alto nivel de fidelidad al sistema hubieren cotizado por 15 años o más.

Por las anteriores razones, el Tribunal de lo Constitucional declaró la constitucionalidad de la norma por la cual se estableció una diferencia existente entre los beneficiarios del régimen de transición por edad y por tiempo de servicios cotizados, en el entendido que su contenido sólo le es aplicable a los beneficiarios del régimen de transición por cumplir con el requisito de edad.

Definiendo finalmente, que los beneficiarios por tiempo de servicios cotizados pueden trasladarse libremente de régimen pensional y volver al régimen de prima media con prestación definida, haciendo efectiva su pensión de acuerdo al régimen de transición, siempre y cuando cumplan con las siguientes condiciones: i) que al regresar nuevamente 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 pues el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida.

Con posterioridad, mediante la expedición de la **Ley 797 de 2003** “*Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales*”, se modificó lo concerniente al traslado de régimen pensional, disponiendo:

“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.

a) La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes;

*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;** (...). (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

La norma efectuó cambios sustanciales en materia de traslado de régimen, como son:
i) la imposición de un término más largo, esto es, modificándolo de tres (3) a cinco (5)

años, para poder realizar el traslado de régimen pensional, y ii) la incorporación de la prohibición de traslado de régimen cuando al afiliado le faltaren diez (10) años o menos para cumplir el requisito de la edad exigido para acceder al derecho a la pensión.

Este artículo fue demandado por inconstitucionalidad, precisamente por cuestionarse la prohibición del traslado de régimen allí dispuesta, siendo declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-1024 de 2004, por considerar:

“(...) 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. La validez de dicha herramienta legal se encuentra en la imperiosa necesidad de asegurar la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social en materia pensional a todos los habitantes del territorio colombiano, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia (C.P. art. 48). Así mismo, el objetivo de la norma se adecua al logro de un fin constitucional válido, pues permite asegurar la intangibilidad de los recursos pensionales en ambos regímenes, cuando se aproxima la edad para obtener el reconocimiento del derecho irrenunciable a la pensión, en beneficio de la estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional”.

Igualmente, y en afinidad con la disposición de la sentencia anteriormente estudiada, la Corporación antes referida consideró que la prohibición de la disposición demandada no podía ser aplicable a las personas beneficiarias del régimen de transición por tiempo de servicio, esto es, los afiliados que hubiesen cotizado por 15 años o más para el 1° de abril de 1994, puesto que a estas personas no se les puede desconocer la potestad reconocida en los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de retornar en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida y, por lo mismo, hacer efectivo su derecho pensional con fundamento en las disposiciones que le resulten más benéficas. Por tanto, y atendiendo a esta aclaración de la exequibilidad de la norma, los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicio cotizado, pueden trasladarse de régimen en cualquier momento, incluso cuando les faltaren 10 años o menos para alcanzar su pensión, manteniendo los beneficios del régimen de transición.

Con Sentencia **SU-130 de 2013** la Corte Constitucional unificó su jurisprudencia en cuanto al traslado de régimen pensional y estableció las reglas aplicables al traslado entre regímenes:

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

(…) las normas que consagran el régimen de transición, así como la pérdida del mismo, y la posibilidad de traslado entre regímenes pensionales con sus correspondientes restricciones, fueron objeto de control constitucional por parte de esta corporación, a través de las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, analizadas con detalle en el acápite precedente, que definieron su verdadero sentido y alcance, considerándolas acordes con la Constitución, y al tratarse de decisiones con efectos de cosa juzgada, adquieren un carácter definitivo, incontrovertible e inmutable, de tal manera que sobre ellas no cabe discusión alguna.

(...). (subrayado fuera del texto)

Ahora bien, respecto al tema bajo estudio el Consejo de Estado mediante providencias del año 2013, dictadas por la Subsección A de la Sección segunda⁵, acogió la posición adoptada en los sentencias de tutela que no atendieron el criterio expuesto en las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, sosteniendo que la posibilidad de traslado en “cualquier tiempo” del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, no solo operaba para quienes a 1° de abril de 1994 cumplían con el requisito de quince (15) años de servicios cotizados, sino también frente a quienes a la misma fecha contaban con la edad exigida (35 años mujeres y 40 años hombres), afirmando que el acceso al régimen de transición es un derecho adquirido que se predica respecto de estas dos categorías de afiliados indistintamente. Sin embargo, para la misma época la Subsección B del Consejo de Estado acogió la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁶.

⁵ Como por ejemplo la dictada por el Magistrado Alfonso Vargas Rincón, el 10 de octubre de 2013, dentro del exp. No. 2500-23-25-000-2011-00889-01 (0232-13), Sección segunda – Subsección A.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 18 de marzo de 2015, Expediente 868-2009, Magistrado ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Al respecto véase adicionalmente: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 23 de octubre de 2014, Expediente 803-2009, Magistrado ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 2 de octubre de 2014, Expediente 2768-2009, Magistrado ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 2 de agosto de 2012, Expediente 113-2012, Magistrado ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

Posteriormente, y en acatamiento de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU-130 de 2013, anteriormente estudiada, la Subsección A del Consejo de Estado cambió su posición y en reiterada jurisprudencia⁷ ha sostenido que solo pueden trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, en cualquier tiempo, conservando los beneficios del régimen de transición, los afiliados con 15 años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994.

Conforme a la línea jurisprudencial estudiada, se tiene que el Consejo de Estado ha acogido unánimemente los señalamientos efectuados por la Corte Constitucional, como lo estableció en sentencia del 17 de mayo de 2017⁸, al manifestar:

“(..) la Sala Plena de la Corte Constitucional adoptó una posición definitiva en la Sentencia SU-130 del 13 de marzo de 2013⁹, advirtiendo que tenía efectos vinculantes, porque las normas que consagran el régimen de transición, así como la pérdida del mismo, y la posibilidad de traslado entre regímenes pensionales con sus correspondientes restricciones, fueron objeto de control constitucional a través de las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, que definieron su verdadero sentido y alcance, considerándolas acordes con la Constitución, y al tratarse de decisiones con efectos de cosa juzgada, adquieren un carácter definitivo, incontrovertible e inmutable, de tal manera que sobre ellas no cabe discusión alguna.

(...).” (Subrayado fuera de texto)

5. Caso concreto.

De las pruebas obrantes en el expediente, el Despacho encuentra acreditado lo siguiente:

- La señora María Emérita Gacha de Nieto nació el 31 de agosto de 1953¹⁰, es decir, actualmente tiene 67 años de edad.
- La Clínica San Juan de Dios, según certificación del 16 de marzo de 2010, realizó todos los aportes a pensión desde el 23 de abril de 1990 al Instituto

⁷ Ver Sentencias:

1.- Del 24 de junio de 2015 dentro del exp. No. 73001-23-33-000-2012-00059-01(3769-13), dictada por el Magistrado Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Sección segunda, Subsección A.

2.- Del 11 de agosto de 2016 dentro del exp. No. 25000-23-25-000-2010-00937-01(4417-14), dictada por el Consejero Gabriel Valbuena Hernández, sección segunda, Subsección A.

3.- Del 5 de abril de 2017 dentro del exp. No. 73001-23-33-000-2013-00116-01(2382-14), proferida pro el Consejero Gabriel Valbuena Hernández, Sección Segunda, Subsección A.

⁸ Sentencia del 17 de mayo de 2017 dentro del exp. No. 11001-03-06-000-2016-00150-00(C), dictada por el Consejero Óscar Darío Amaya Navas de la Sala de Consulta y servicio Civil.

⁹ MP Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁰ Documento 01. 2016-00474 DEMANDA, PODER, ANEXOS, página 17. Registro civil de nacimiento.

de Seguros Sociales (ISS)¹¹.

- Según certificación suscrita por el gerente de clientes de Porvenir S.A., del 12 de marzo de 2010, la señora María Emérita Gacha de Nieto se afilió a Porvenir S.A. el 1° de mayo de 1999, pero con un saldo de saldo cero (\$0) pesos¹² y, de conformidad con un histórico aportado por la parte actora, la beneficiaria regresó al Instituto de Seguros Sociales el 1 de diciembre de 2011¹³.
- Con auto No. 001494 del 26 de noviembre de 2009, el Instituto de Seguros Sociales, ante la solicitud de pensión, ordenó entregar los documentos a la demandada porque registraba un traslado al fondo privado de pensiones¹⁴. Decisión que fue reiterada con auto No. 00713 del 30 de marzo de 2011¹⁵
- El 15 de marzo de 2010, la accionada solicitó a Porvenir S.A. la anulación de la afiliación porque desconocía esa inscripción y le había informado su funcionario que no quería hacer un cambio de régimen¹⁶.
- El 11 de noviembre de 2011, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, en sentencia de tutela dentro del proceso 11001310405520110061501, resolvió tutelar los derechos a la seguridad social y al debido proceso de la señora María Emérita Gacha y ordenar al Instituto de Seguros Sociales (ISS) resolver la solicitud de pensión haciendo caso omiso a la afiliación a Porvenir S.A., porque no se había presentado una múltiple afiliación dado que todos los aportes se hicieron al ISS y no a Porvenir, además la nueva afiliación fue meramente formal¹⁷
- Con fundamento en esa decisión, la señora María Emérita Gacha, en febrero de 2013, solicitó el reconocimiento de la pensión¹⁸
- Colpensiones le reconoció una pensión de vejez, a través de la Resolución No. GNR 099867 del 19 de mayo de 2013, teniendo en cuenta que cotizó 1.109 semanas y 59 años de edad¹⁹.

¹¹ Documento: 01. 2016-00474 DEMANDA,PODER,ANEXOS, página 74.

¹² Documento 01. 2016-00474 DEMANDA,PODER,ANEXOS, página 19. Certificación de Porvenir S.A. de fecha 12 de marzo de 2010.

¹³ Documento: 01. 2016-00474 DEMANDA,PODER,ANEXOS, página 33. Histórico al negocio pensión.

¹⁴ Documento: 01. 2016-00474 DEMANDA,PODER,ANEXOS, página 77.

¹⁵ Documento: 01. 2016-00474 DEMANDA,PODER,ANEXOS, páginas 85 y 86.

¹⁶ Documento: 01. 2016-00474 DEMANDA,PODER,ANEXOS, página 75.

¹⁷ Documento: 01. 2016-00474 DEMANDA,PODER,ANEXOS, páginas 90 a 98.

¹⁸ Documento: 01. 2016-00474 DEMANDA,PODER,ANEXOS, páginas 318 a 320.

¹⁹ Documento: 01. 2016-00474 DEMANDA,PODER,ANEXOS, páginas 36 a 40.

- Contra la decisión interpuso recurso de reposición y apelación, con el fin de que se liquidara la pensión teniendo en cuenta 1.311 semanas. Colpensiones, con la Resolución No. GNR 159323 del 7 de mayo de 2014, solicitó autorización para revocar la Resolución No. GNR 099867 del 19 de mayo de 2013, porque, pese a que se encontraban acreditadas 1.315 semanas, la beneficiaria no había conservado el régimen de transición debido a que se había trasladado al régimen de ahorro individual y al regresar al régimen de prima media con prestación definida, no contaba al 1° de abril de 1994 con 15 años de servicios o 750 semanas de cotización²⁰.
- Colpensiones, con la Resolución No. VPB 23365 del 2 de diciembre de 2014, con la cual resolvió la apelación confirmando la Resolución No. GNR 159323 del 7 de mayo de 2014²¹.

Por tanto, previo a estudiar las consecuencias del reintegro al régimen de prima media con prestación definida y si se cumplen o no los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y las reglas establecidas por la Corte Constitucional en la Sentencia **SU-130 de 2013**, como lo plantea la parte actora, se debe verificar la existencia del traslado de régimen. Esto por cuanto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, en sentencia de tutela del 11 de noviembre de 2011, dentro del proceso 11001310405520110061501, consideró:

Sin embargo, puesto que la situación de múltiple vinculación en ningún momento ha sido resuelta a la actora, es innegable que en su caso aplican las reglas antes referidas, tanto más cuando el I.S.S. aún está recibiendo sus aportes para pensión.

En ese orden de ideas, es evidente que la vinculación o afiliación válida es la que tiene la demandante al I.S.S., ya que es el instituto donde ha cotizado durante su vida laboral, mientras que en PORVENIR S.A. no ha efectuado aporte alguno.

Así, inclusive, lo que cabe a firmar es que en PORVENIR S.A. tiene una afiliación apenas formal, pero la real es la existente en el I.S.S. De suerte que, desde una perspectiva sustancial, en el fondo, la actora ni siquiera tiene múltiple vinculación. Pues, reiterase, si bien aparece formalmente afiliada en PORVENIR S.A., es el I.S.S. la única institución en la que ha hecho sus aportes”.

(...)

RESUELVE

(...)

²⁰ Documento: 01. 2016-00474 DEMANDA,PODER,ANEXOS, páginas 43 a 49.

²¹ Documento: 01. 2016-00474 DEMANDA,PODER,ANEXOS, páginas 52 a 57.

SEGUNDO: en consecuencia, ordenarle al Director del Instituto de Seguros Sociales que, en el término máximo de 15 días, resuelva la solicitud de pensión de la demandante, haciendo caso omiso a la afiliación de ésta a PORVENIR S.A.

(...)”

Conviene precisar que el acto administrativo contenido en la Resolución No. GNR 099867 del 19 de mayo de 2013, pese a que se expidió cumpliendo la orden del juez de tutela, es un acto enjuiciable, así lo ha dicho el Consejo de Estado²²:

(...) “Es cierto que la resolución de reconocimiento de la pensión fue expedida en cumplimiento de la sentencia que definió una acción de tutela, en un proceso en que se encontró amenaza o vulneración de derechos fundamentales, no obstante, es importante recordar que la acción de tutela está dirigida a proteger derechos fundamentales, sin que nada obste que el juez competente conozca de las demandas en contra de actos administrativos y decida si estos se ajustan a la legalidad o no.” (...)

Ahora, según el artículo 167 del Código General del Proceso, les corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Además, debe tenerse en cuenta que el acto demandado surge como ejecución de una orden de tutela y, por tanto, incumbe a la parte demandante controvertir y demostrar las razones de hecho y de derecho que desvirtúan la presunción de legalidad de la decisión.

La entidad demandante sustenta la nulidad del acto demandado en la existencia de un traslado de régimen pensional. Para ello, la única prueba que aporta es una certificación suscrita por el gerente de clientes de PORVENIR S.A., del 12 de marzo de 2010, en la que informa que la señora María Emérita Gacha de Nieto se afilió a esa entidad el 1° de mayo de 1999, pero en la misma anuncia que tenía un saldo de saldo cero (\$0) pesos²³. Es decir, once (11) años después de la afiliación su saldo era cero.

Al contrario, la certificación de la Clínica San Juan de Dios, del 16 de marzo de 2010, hace constar que todos los aportes a pensión, desde el 23 de abril de 1990, se realizaron al Instituto de Seguros Sociales (ISS)²⁴. Asimismo, no demuestra que la afiliación al fondo privado hubiera sido efectiva, pues todas las cotizaciones se

²² Consejo de Estado, sentencia del 9 de febrero de 2017. Expediente 05001233300020130034301. CP. Sandra Lisset Ibarra Vélez

²³ Documento 01. 2016-00474 DEMANDA,PODER,ANEXOS, página 19. Certificación de Porvenir S.A. de fecha 12 de marzo de 2010.

²⁴ Documento: 01. 2016-00474 DEMANDA,PODER,ANEXOS, página 74.

hicieron al Instituto de Seguros Sociales y éste no probó haber traslado de los recursos a PORVENIR S.A., para que se efectuaran los rendimientos financieros.

La parte actora manifiesta que la demandante estuvo afiliada al régimen de prima media, se trasladó a PORVENIR S.A. y después regresó al Instituto de Seguros Sociales, pero no demuestra las circunstancias de las afiliaciones ni la voluntad que debe haber en este tipo de traslados. No aporta, el formulario o documentos en el cual consta su afiliaciones y desafiliación al Instituto.

Por tanto, la certificación del fondo privado muestra una afiliación meramente formal, pero que nunca se materializó y por eso se expidió la Resolución No. GNR 099867 del 19 de mayo de 2013, en esas condiciones.

De otra parte, aparece en el expediente, oficio del 15 de marzo de 2010, con el cual la accionada solicitó a Porvenir S.A. la anulación de la afiliación porque en el mismo momento de suscribir el formulario fue cancelado y, por ello, no se hizo ningún aporte a esa entidad²⁵. Contrario a lo afirmado por la parte actora, esto no demuestra el traslado de régimen, sino que corrobora que nunca fue efectiva la afiliación al régimen de ahorro individual.

Teniendo en cuenta los anteriores presupuestos, la certificación de PORVENIR S.A. resulta insuficiente para demostrar un real traslado de régimen pensional, pues todas las cotizaciones se hicieron al Instituto de Seguros Sociales y éste no probó haber traslado los recursos a PORVENIR S.A., en un periodo de once años y durante las cotizaciones efectuadas.

6. Decisión.

De conformidad con las consideraciones anteriores, se deberán negar las pretensiones de la demanda, pues, la parte actora no probó plenamente la existencia real del traslado de régimen que alega como causal de nulidad de la Resolución No. GNR 099867 del 19 de mayo de 2013.

7. Costas.

Considerando que no observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida en este proceso de la parte actora, y que los argumentos de la

²⁵ Documento: 01. 2016-00474 DEMANDA,PODER,ANEXOS, página 75.

demanda estuvieron racionalmente fundamentados en un estudio eminentemente jurídico, no procede la condena en costas. Esta evaluación se realiza con fundamento en lo ordenado en el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, **el Juzgado Cincuenta y Cuatro (54) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso descontado los causados.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


TANIA INÉS JAIMES MARTÍNEZ
JUEZA

Firmado Por:

Tania Ines Jaimes Martínez
Juez
Juzgado Administrativo
054
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: **bfe2eb415d3c4c187169683f21b279a76188a07a79f8595b3c68802102e0bac3**

Documento generado en 28/09/2021 03:32:08 PM

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