



Radicado: 25000234200020120200801 (1379-2014)
Demandante: Esperanza Najjar Moreno
Demandada: COLPENSIONES

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A**

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., siete (7) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 25000234200020120200801 (1379-2014)
Demandante: ESPERANZA NAJAR MORENO
Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES¹.

Tema: Reconocimiento de pensión. Traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de régimen de ahorro individual con solidaridad, pérdida de régimen de transición.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Ley 1437 de 2011

O-252-2019

ASUNTO

Decide la subsección el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 28 de noviembre de 2013 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, que denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora Esperanza Najjar Moreno, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 de la Ley 1437 del 2011², formuló en síntesis las siguientes

Pretensiones³

1. Declarar la nulidad de las Resoluciones 044628 del 28 de noviembre de 2011 y 01227 del 13 de abril de 2012, mediante las cuales la entidad demandada negó la pensión de vejez a la libelista.
2. A título de restablecimiento del derecho, ordenar a COLPENSIONES a que reconozca y pague a la señora Esperanza Najjar Moreno la pensión de vejez en aplicación estricta del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por tanto, según lo preceptuado en el Decreto 546 de 1971.

¹ En adelante COLPENSIONES.

² «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», en adelante CPACA.

³ Folio 28.



3. Ordenar que la pensión incluya todas las cotizaciones efectivamente realizadas al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.
4. Condenar a la demandada al pago de los intereses moratorios señalados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las diferencias causadas a partir del 22 de octubre de 2010 (fecha en la cual Colpensiones debió efectuar pronunciamiento definitivo acerca del derecho pensional), hasta que se reconozca el reajuste de la prestación económica por vejez, por la demora en el reconocimiento y pago de la prestación deprecada.
5. Condenar igualmente a lo que se logre demostrar dentro del proceso *ultra petita* y *extra petita*.
6. Ordenar la actualización de la condena según lo previsto en el artículo «178 del CCA» (sic), desde la fecha en que se debió reconocer la prestación (22 de junio de 2010) hasta el momento en que quede ejecutoriada la sentencia que ponga fin al presente proceso.
7. Dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo «176 del CCA» (sic). Si no se efectúa el pago en forma oportuna se liquidarán intereses comerciales y moratorios.

Fundamentos fácticos relevantes⁴:

1. La señora Esperanza Najar Moreno nació el 1.º de enero de 1959 y ha prestado sus servicios en la Rama Judicial de forma ininterrumpida desde el 14 de noviembre de 1983 hasta la fecha de presentación de este medio de control, por lo que acredita 26 años de labores en el Estado.
2. Las certificaciones de tiempos de servicios permiten advertir que realizó aportes a la extinta Cajanal: i) entre el 14 de noviembre de 1983 hasta el 8 de diciembre de 1983; ii) desde el 10 de mayo de 1984 al 3 de junio de 1984; iii) entre el 23 de septiembre de 1984 hasta el 31 de agosto de 1985 y; iv) del 4 de diciembre de 1985 hasta el 30 de marzo de 1996. Posteriormente, desde el 1.º de abril de 1994, se efectuaron los descuentos a la AFP PORVENIR y desde el 1.º de diciembre de 2004, se realizan las cotizaciones a la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES.
3. La señora Najar Moreno solicitó ante la entidad demandada el día 5 de noviembre de 2004, el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, trámite que fue negado tanto por

⁴ Folios 26 a 27.



Radicado: 25000234200020120200801 (1379-2014)

Demandante: Esperanza Najjar Moreno

Demandada: COLPENSIONES

ese entonces tanto por el fondo privado como por ese entonces Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones).

4. El traslado solo pudo ser posible en virtud de una acción de tutela que ordenó a la AFP PORVENIR autorizarlo al entonces ISS, mediante fallo del 21 de mayo de 2009 proferido por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Bogotá.

5. la libelista elevó petición ante Colpensiones el 21 de junio de 2010, con el fin de que le fuera reconocida la pensión de vejez de acuerdo al régimen consagrado en el Decreto 546 de 1971.

6. La anterior solicitud fue resuelta de manera negativa mediante Resolución 044628 del 28 de noviembre de 2011, al considerarse que no cumplía con los requisitos señalados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, 15 años de cotizaciones al 1.º de abril de 1994.

7. La señora Najjar Moreno interpuso recurso de apelación contra el anterior acto administrativo que fue desatado de forma negativa a través de Resolución 01227 del 13 de abril de 2012.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL⁵

En el marco de la parte oral del proceso, bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de establecer el objeto del proceso y de la prueba.⁶ En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvención. Además, se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo.⁷

⁵ Folios 59 a 61 y cd visible a folio 62.

⁶ (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB.

⁷ (2012). Módulo El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. EJRLB.



Radicado: 25000234200020120200801 (1379-2014)
Demandante: Esperanza Najjar Moreno
Demandada: COLPENSIONES

En el presente caso a folio 60 y en grabación obrante en cd a folio 62, se indicó lo siguiente en la etapa de excepciones previas: «[...] No se contestó la demanda, por lo tanto no se presentaron excepciones. [...]».

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de “tuerca y tornillo”, porque es guía y ajuste de esta última.⁸

En la audiencia inicial a folio 60 y en grabación obrante en cd a folio 62 se fijó el litigio en virtud de los problemas jurídicos:

«[...] Determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de conformidad con el régimen especial de los empleados de la rama (sic) judicial (sic) consagrado en el Decreto 546 de 1971, o si no tienen (sic) derecho por haberse trasladado durante 8 años y 8 meses al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Sin embargo, para resolver el problema jurídico planteado se deben analizar los problemas jurídicos asociados:

1. Establecer si la demandante se encuentra en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y si el mismo fue adquirido por edad o por tiempo de servicios.
2. De encontrarse en régimen de transición, establecer cual (sic) es el régimen al que se encontraba afiliado (sic) a 1° de abril de 1994, es decir, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.
3. Establecido el régimen al cual estuviere afiliado (sic) verificar si cumple con los requisitos de dicho régimen.
4. Que (sic) impacto tiene frente al régimen que se le aplicaría por haberse trasladado a un fondo pensional de carácter privado, es decir, al de ahorro individual con solidaridad. [...]» (Ortografía del texto original).

Se corrió traslado a las partes y manifestaron estar de acuerdo.

SENTENCIA APELADA⁹

El *a quo* profirió sentencia por escrito el 28 de noviembre de 2013, en la cual denegó las pretensiones de la demandante, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Afirmó que la demandante era beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que al 1.° de abril de 1994 tenía 35 años de edad y 9 años, 5 meses y 22 días de servicio, además se encontraba

⁸ (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB.

⁹ Folios 66 a 82.



Radicado: 25000234200020120200801 (1379-2014)

Demandante: Esperanza Najar Moreno

Demandada: COLPENSIONES

afiliada al régimen de prima media con prestación definida, dentro del cual se hallaba el especial para los empleados de la Rama Judicial consagrado en el Decreto 546 de 1971.

En este sentido, señaló que la señora Najar Moreno cumplía con los requisitos para acceder al derecho pensional en virtud al Decreto 546 de 1971, toda vez que tenía 55 años de edad y laboró al servicio de la Rama Judicial por más de 20 años ininterrumpidamente. No obstante ello, indicó que debía analizarse el traslado realizado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.

En efecto, citó los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para señalar que se perdía el régimen de transición en 2 eventos: i) cuando el afiliado inicialmente y de manera voluntaria decide acogerse al RAIS o; ii) cuando a pesar de haber escogido el RAIS decide trasladarse al RPMPD, por tanto, las personas que encontrándose inmersos en alguna de estas circunstancias, para tener derecho a la pensión, deberán cumplir con los requisitos de la Ley 100 de 1993 y no podrán hacerlo con normas anteriores así les resulten más favorables.

Para sustentar lo anterior, citó apartes jurisprudenciales de las sentencias C-789 de 2002 y SU-062 de 2010, para argüir que conforme a lo sostenido por la Corte Constitucional solo las personas que contaban con 15 años de servicios cotizados a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, pueden recuperar la aplicación de los beneficios del régimen de transición cuando a pesar de haber escogido el RAIS deciden retornar al RPMPD. Reiteró que dicha tesis también ha sido sostenida por el Consejo de Estado¹⁰.

Bajo la anterior premisa, deliberó que la demandante desde el 14 de noviembre de 1983 hasta febrero de 1996 efectuó cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida, en 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, y, en el año 2004 retornó al RPMPD, por tal motivo, dado que no tenía 15 años de servicios al 1.º de abril de 1994, había perdido el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al haberse trasladado de regímenes y aun cuando posteriormente regresó al régimen de prima media con prestación definida, no hay lugar a recuperar el régimen de transición.

Concluyó por lo tanto, que no le asistía derecho a la demandante al reconocimiento de la pensión conforme al Decreto 546 de 1971.

¹⁰ Para tal fin citó la sentencia del 12 de mayo de 2011, radicado interno: 1533-09.



RECURSO DE APELACIÓN¹¹

La parte demandante solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda. Las razones en que se fundamenta su recurso son las siguientes:

Afirmó que no se puede desconocer un hecho relevante que no fue objeto de estudio por parte del *a quo* ni por las Altas Cortes en los que respecta a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y es que «[...] al permitir que el trabajador pueda cancelar la diferencia de las cotizaciones, cuando el valor es inferior al aportado al RPM (Rentabilidad), expuesta desde el Decreto 3800 de 2003, se esta (sic) permitiendo al trabajador solventar su propia cuenta y de su propio peculio (sic), la pérdida (sic) que pudo haberse presentado por el traslado, así que tampoco se podría argumentar un detrimento económico para negar el régimen de transición y así pues tampoco se ve afectado el orden económico, ni la sostenibilidad financiera del estado (sic).[...]».

Igualmente, señaló que la decisión recurrida deja de lado principios constitucionales ineludibles en un Estado Social de Derecho, como lo son el derecho a la igualdad y la condición más beneficiosa, al otorgar garantías solamente a ciertos trabajadores, lo que se traduce en un trato discriminatorio e inequitativo a los demás. Agregó que no se discute la posición de las Altas Cortes respecto a la pérdida del régimen de transición en casos como la demandante, sino la trasgresión de principios supraconstitucionales afectados con dicha tesis.

Aludió que no puede ser de recibo el argumento expuesto en la sentencia recurrida respecto de que las personas que han cotizado más de del 75% de sus semanas tienen un mejor derecho a acceder a la pensión que las personas que cuentan con una edad avanzada y se encuentran vinculados a la vida laboral, pues precisamente la Ley 100 de 1993, garantizó el derecho al régimen de transición en razón a las cotizaciones y a la edad, sin hacer distinción alguna.

Bajo dicho entendido, argumentó que negar el reconocimiento pensional al considerarse que por no tener 15 años de cotizaciones se perdió el régimen de transición, Colombia contraría normas y postulados internacionales que ha suscrito y ratificado, los cuáles además, han sido desarrollados por la Corte Constitucional en su jurisprudencia y que hoy desconoce con la posición aludida.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante¹²: reiteró los argumentos esbozados en el recurso de apelación e insistió en que es beneficiaria del régimen de transición señalado en el

¹¹ Folios 84 a 89.

¹² Folios 129 a 144.



Radicado: 25000234200020120200801 (1379-2014)
Demandante: Esperanza Najar Moreno
Demandada: COLPENSIONES

artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que se le debe reconocer la pensión conforme lo prevé el Decreto 546 de 1971.

Ministerio Público¹³: La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado luego de realizar una sinopsis de lo discurrido en el proceso, emitió concepto en el cual indicó que se debe confirmar la sentencia de primera instancia, toda vez que a la entrada en vigencia del régimen general de pensionales había cotizados por 9 años, 5 meses y 22 días, lo que le imposibilitaba recuperar el régimen de transición que perdió al trasladarse del RPMPD al RAIS, posición que ha sido pacífica por parte de la Corte Constitucional en sentencia SU-062 de 2010.

De otro lado, indicó que tal como lo señaló el tribunal de primera instancia, la demandante tiene derecho a la pensión de jubilación conforme al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, por «tener más de 20 años de servicio y más de 50 años de edad y observar buena conducta.»(sic).

La entidad demandada guardó silencio en desarrollo de esta etapa procesal¹⁴.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto. Igualmente, acorde con lo previsto por el artículo 328 del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Problemas jurídicos:

En ese orden, los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿Cuáles son las consecuencias del traslado entre regímenes pensionales y particularmente en el caso de la señora Esperanza Najar Moreno en lo concerniente al régimen de transición de la Ley 100 de 1993?
2. ¿Según el traslado de régimen de la demandante, cuál es el marco normativo del reconocimiento de su pensión de jubilación?

¹³ Folios 146 a 151 vuelto.

¹⁴ Según constancia secretarial visible a folio 152.



3. ¿La señora Esperanza Najar Moreno tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez en virtud del artículo 33 de la Ley 100 de 1993?

En caso afirmativo,

4. ¿Cómo se debe liquidar la pensión de vejez y cuál es la fecha de efectividad de esta?

Primer problema jurídico

¿Cuáles son las consecuencias del traslado entre regímenes pensionales y particularmente en el caso de la señora Esperanza Najar Moreno en lo concerniente al régimen de transición de la Ley 100 de 1993?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: Para acceder al beneficio del régimen de transición a pesar del traslado de régimen, es requisito indispensable que el afiliado haya cotizado 15 años de servicios a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, como se sustenta a continuación:

Regímenes del Sistema General de Pensiones creados en la Ley 100 de 1993. Requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez

A efectos de estudiar la pretensión de la parte demandante, es necesario en primer lugar efectuar una aproximación al tema del traslado entre regímenes pensionales del Sistema General de Seguridad Social, para determinar la norma que bajo tal circunstancia regula la prestación:

El Legislador expidió la Ley 100 de 1993 con la cual creó el Sistema General de Pensiones cuyo propósito era unificar los requisitos para reconocer dicha prestación social a todos los habitantes del territorio nacional¹⁵. No obstante, el sistema exceptuó de su aplicación a quienes fueran beneficiarios de un régimen especial¹⁶.

El artículo 12 de la Ley 100 de 1993, instituyó dos regímenes de pensiones a saber: (i) el de prima media con prestación definida y; (ii) el de ahorro individual con solidaridad.

Del régimen de prima media con prestación definida

El primero está contemplado en el artículo 31 de la citada normativa, el cual lo definió como «[...] aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas». A su vez, el artículo 32 literal b. de dicha ley señaló que en este régimen los aportes de sus afiliados constituyen «[...] un fondo común de naturaleza

¹⁵ Artículo 3° Ley 100 de 1993.

¹⁶ Artículo 279 Ley 100 de 1993.



Radicado: 25000234200020120200801 (1379-2014)

Demandante: Esperanza Najjar Moreno

Demandada: COLPENSIONES

pública que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley [...]».

Las personas afiliadas a este régimen obtendrán el derecho a la pensión de vejez, al cumplir los requisitos señalados en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003¹⁷ que en lo pertinente, modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 así:

«[...] Artículo 9°. (Reglamentado parcialmente, Decreto Nacional 510 de 2003) El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015 [...]»

De esta manera en el régimen de prima media con prestación definida el afiliado adquiere el derecho a pensionarse por vejez cuando:

- a) Cumpla 55 años de edad si es mujer o 60 si es hombre y a partir del año 2014, 57 y 62 años respectivamente y;
- b) acredite tener mínimo 1000 semanas cotizadas, las cuales aumentarán a partir del 1.º de enero de 2005 en 50 y de ahí en adelante hasta el año 2015 en 25 cada año para un total de 1300 semanas.

Del régimen de ahorro individual con solidaridad

Ahora bien, el segundo régimen regulado por la Ley 100 de 1993 lo contempla el artículo 59 y es el denominado de ahorro individual con solidaridad, el cual se definió por la norma como «[...] El conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados [...]».

Este, a diferencia del de prima media con prestación definida, se basa en el ahorro proveniente de las cotizaciones y los respectivos rendimientos financieros, los

¹⁷ «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.»



cuales constituyen un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados¹⁸.

Otra diferencia notoria es que el monto de la pensión no es determinado por la ley sino que el mismo depende, en los términos del artículo 60 literal a) «[...] de los aportes de los afiliados y empleadores, sus rendimientos financieros, y de los subsidios del Estado, cuando a ellos hubiere lugar [...]» lo que implica que sea variable.

En cuanto a los requisitos para obtener la pensión de vejez en este régimen, el legislador los reguló así:

«[...] Artículo. 64 Requisitos para obtener la pensión de vejez. Los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste hubiere lugar.

Cuando a pesar de cumplir los requisitos para acceder a la pensión en los términos del inciso anterior, el trabajador opte por continuar cotizando, el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dure la relación laboral, legal o reglamentaria, y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla sesenta (60) años si es mujer y sesenta y dos (62) años de edad si es hombre [...]»

Asimismo, quienes se encuentren afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad tienen derecho a obtener la pensión de vejez una vez hayan reunido en su cuenta individual el capital necesario para financiarla y siempre que la cuantía pensional no sea inferior al 110% del valor del salario mínimo mensual legal vigente.

A diferencia del régimen de prima media con prestación definida la norma no exige al afiliado el cumplimiento de una edad determinada o de un número específico mínimo de semanas de cotización.

Ahora bien, la principal característica de los dos regímenes expuestos es que aunque coexisten, son excluyentes entre sí, lo que quiere decir que solo puede aplicarse uno al momento de reconocerse la pensión¹⁹.

Conforme al anterior estudio normativo, es posible colegir lo siguiente:

La Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones y previó dos regímenes a saber:

¹⁸ Ley 100 de 1993, Artículos 60, literal d y 97.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, subsección A, sentencia del 7 de diciembre de 2016, radicación número: 11001-03-25-000-2012-00016-00(0072-12).



Radicado: 25000234200020120200801 (1379-2014)

Demandante: Esperanza Najjar Moreno

Demandada: COLPENSIONES

- i. En el régimen solidario de prima media con prestación definida los aportes de los afiliados son dirigidos a un fondo común de naturaleza pública y la ley previamente define el monto pensional. Los requisitos para obtener este derecho en este régimen son los señalados en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 así: a) tener 55 años de edad si es mujer o 60 si es hombre y a partir del año 2014, 57 y 62 respectivamente y; (b) acreditar mínimo 1000 semanas cotizadas, las cuales aumentaron a partir del 1.º de enero de 2005 en 50 y de ahí en adelante hasta el año 2015 en 25 cada año para un total de 1300 semanas.
- ii. El régimen de ahorro individual con solidaridad se basa en el ahorro proveniente de las cotizaciones y los respectivos rendimientos financieros de las mismas, los cuales se consignan en una cuenta de ahorro individual pensional. En este régimen el monto de la pensión no es determinado previamente por la ley, y sus afiliados tienen derecho al reconocimiento de la pensión de vejez al reunir en su cuenta individual el capital necesario para financiarla siempre que su cuantía pensional no sea inferior al 110% del valor del salario mínimo mensual legal vigente, sin importar la edad.

Respecto a las características del sistema general de pensiones el artículo 13 de la mencionada Ley 100, indicó:

«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 texto original era el siguiente:> La afiliación es obligatoria salvo lo previsto para los trabajadores 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. <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El texto original era el siguiente:> 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 tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el gobierno nacional.
- 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



Radicado: 25000234200020120200801 (1379-2014)

Demandante: Esperanza Najjar Moreno

Demandada: COLPENSIONES

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 cualesquiera 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.
[...]

i. <Literal adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> En ningún caso a partir de la vigencia de esta ley, podrán sustituirse semanas de cotización o abonarse semanas cotizadas o tiempo de servicios con el cumplimiento de otros requisitos distintos a cotizaciones efectivamente realizadas o tiempo de servicios efectivamente prestados antes del reconocimiento de la pensión. Tampoco podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados, de conformidad con lo previsto en la presente ley. Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en pactos o convenciones colectivas de trabajo; [...]

Por su parte, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, reguló el régimen de transición, con los siguientes parámetros:

«ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.

[...]

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.

[...]

<Inciso CONDICIONALMENTE exequible> 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 CONDICIONALMENTE exequible> Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida. [...]

(Subraya la subsección).



Radicado: 25000234200020120200801 (1379-2014)
 Demandante: Esperanza Najjar Moreno
 Demandada: COLPENSIONES

Con posterioridad la Ley 797 de 2003²⁰ modificó algunos literales del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, como se transcribe:

«Artículo 2.º 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 vejez²¹;

i) El fondo de solidaridad pensional estará destinado a [...]» (Resaltado fuera del texto original)

La norma anterior fue reglamentada por el Decreto 3800 de 2003, que para el caso de traslados, señaló:

«[...] Artículo 1º. Traslado de Régimen de Personas que les falte menos de diez años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. De conformidad con lo señalado en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, las personas a las que a 28 de enero de 2004, les faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, podrán trasladarse por una única vez, entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, hasta dicha fecha. [...]»

Igualmente, el Acto Legislativo 01 de 2005²², delimitó la aplicación del régimen de transición y reguló el parámetro temporal su vigencia en los siguientes términos:

«[...] el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014. Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por

²⁰ «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.»

²¹ Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1024-04 de 20 de octubre de 2004, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil, en la cual se indicó: «[...] exclusivamente por el cargo analizado en esta oportunidad y bajo el entendido que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002. [...]»

²² «Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política»



Radicado: 25000234200020120200801 (1379-2014)

Demandante: Esperanza Najjar Moreno

Demandada: COLPENSIONES

el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen [...]».

Finalmente, acerca de las disposiciones reseñadas y para dilucidar toda la problemática que giraba alrededor de las situaciones de traslados entre regímenes del Sistema de Seguridad Social Integral y la exclusión de los beneficios del régimen de transición, la Corte Constitucional emitió la sentencia SU-130 del 13 de marzo de 2013²³, en la cual hizo varias definiciones que despejan los argumentos de la parte apelante, a saber:

«[...] 10. Unificación de la jurisprudencia constitucional en relación con el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida de los beneficiarios del régimen de transición y sus implicaciones
[...]

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

10.4. Según quedó explicado, la Corte, al resolver una demanda de inconstitucionalidad presentada contra los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la citada ley, en la Sentencia C-789 de 2002, declaró exequibles dichas disposiciones, al constatar que la exclusión de los beneficios del régimen de transición, únicamente para las personas que cumpliendo el requisito de edad se acogieron al régimen de ahorro individual o se trasladaron a él, no vulnera la Constitución Política, en la medida en que existe una clara diferencia entre dichos sujetos y quienes tenían 15 años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, lo cual justifica y hace razonable un trato diferencial.
[...]

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

10.5. En cuanto a la oportunidad para realizar el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, a

²³ Sentencia del 13 de marzo de 2013, demandante: Isabel Rodríguez Bojaca y otros, demandando: Instituto de Seguros Sociales y otros, expedientes: T-2139563 y otros acumulados.



Radicado: 25000234200020120200801 (1379-2014)

Demandante: Esperanza Najar Moreno

Demandada: COLPENSIONES

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

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

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

[...]

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

[...]

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



Radicado: 25000234200020120200801 (1379-2014)

Demandante: Esperanza Najjar Moreno

Demandada: COLPENSIONES

conservando los beneficios del régimen de transición. [...]» (Subrayas de la subsección).

Con fundamento en la sentencia de unificación citada, se puntualizan las reglas generales de la circunstancia de traslado de régimen pensional en torno al beneficio del régimen de transición:

- La Corte Constitucional en sentencia SU-130 de 2013²⁴, definió que únicamente los afiliados al sistema pensional con 15 años o más de servicios cotizados al 1.º de abril de 1994, podían trasladarse en cualquier momento del régimen de ahorro individual al de prima media y conservar los beneficios del régimen de transición.
- De igual forma, en relación con lo previsto en el artículo 2 literal e) de la Ley 797 del 2003, la Corte fue clara en torno a la interpretación armónica que se debe dar a la normativa y descartó la posibilidad de traslado con sostenimiento de los beneficios del régimen de transición para aquellos que pretendan conservar dicho régimen por cumplir únicamente con la edad exigida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, mujeres y hombres con 35 y 40 años o más de edad, respectivamente.
- Así, para que el traslado del RAIS al RPMPD sea viable, sin pérdida del beneficio de la transición de la Ley 100 de 1993, el afiliado como requisito *sine qua non* debe acreditar que para la fecha de entrada en vigencia de dicha norma tenía cumplidos 15 años o más de servicios.

Para recapitular, en el caso de la demandante, se enfatiza que la interpretación elaborada por la Corte Constitucional en las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004 y finalmente en la SU-130 del 2013, con respecto a los parámetros del traslado de régimen pensional, no dan lugar a mayores disquisiciones frente a la exigencia de los 15 años de servicio para que el afiliado trasladado pueda mantener hábil el beneficio del régimen de transición, independientemente de la fecha en que efectúe el traslado, pues a ello se referían las sentencias con el concepto «en cualquier tiempo».

Definidos de este modo los aspectos legales del traslado de régimen, de cara al *sub examine* encuentra la subsección que la demandante se trasladó al régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y retronó al RPMPD:

En efecto, se advierte que realizó cotizaciones a Cajanal, esto es, al régimen de prima media con prestación definida desde el 14 de noviembre de 1983 hasta febrero de 1996, año en el que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (folios 5 y 10) y, posteriormente, en el año 2004 retornó al RPMPD con ocasión de un fallo de tutela que ordenó dicho regreso (folios 5 y 10 del cuaderno

²⁴ Sentencia del 13 de marzo de 2013, demandante: Isabel Rodríguez Bojaca y otros, demandando: Instituto de Seguros Sociales y otros, expedientes: T-2139563 y otros acumulados.



Radicado: 25000234200020120200801 (1379-2014)

Demandante: Esperanza Najjar Moreno

Demandada: COLPENSIONES

principal y 142 a 151 del cuaderno 2). Por lo tanto, se procederá a estudiar si cumplía con los demás requisitos para mantener o no el beneficio del régimen de transición:

- En cuanto a la edad se observa que la demandante nació el 1.º de enero de 1959²⁵, por lo tanto para el 1.º de abril de 1994 (fecha en la que entró a regir la Ley 100 de 1993), tenía cumplidos 35 años.
- Respecto a los tiempos de servicio de la demandante, en el expediente se encuentran probados los siguientes interregnos de labor:

ENTIDAD	LAPSO	FOLIOS	DIAS / SEMANAS	COTIZACIONES
RAMA JUDICIAL	Del 14 de noviembre de 1983 al 8 de diciembre de 1983	5	24 días/7 = 3.43 semanas	CAJANAL
RAMA JUDICIAL	Del 10 de mayo de 1984 al 3 de junio de 1984	5	23 días/7 = 3.29 semanas	CAJANAL
RAMA JUDICIAL	Del 23 de septiembre de 1994 hasta el 31 de agosto de 1985.	5	338 días/7 = 48.29 semanas	CAJANAL
RAMA JUDICIAL	Del 4 de diciembre de 1985 al 31 de mayo de 1992	7	2337 días menos 279 días de interrupciones = 2058 días/=294 semanas	CAJANAL
RAMA JUDICIAL	Del 1.º de junio de 1992 al 31 de julio de 1992	9	60 días/7 = 8.57 semanas	CAJANAL
FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN	Del 1.º de agosto de 1992 al 30 de enero de 2012	10	7.019 días/7 = 1000.2 semanas (Se tiene que al 1.º de abril de 1994 tenía 9 años, 10 meses y 22 días.	Entre el 1.º de agosto de 1992 al 30 de marzo de 1996, realizó cotizaciones a CAJANAL. Entre el 1.º de abril de 1996 al 30 de noviembre de 2004 cotizó al fondo PORVENIR. Finalmente desde el 1.º de diciembre de 2004 empezó a cotizar al extinto ISS (hoy COLPENSIONES)
Subtotal días			9522 días y 1360 semanas = 26 años	

Se resalta, que en los certificados de información laboral de la demandante expedidos por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y la Fiscalía General de la Nación visibles de folios 5 a 14 del cuaderno principal, se señala su

²⁵ Según registro civil y cédula de ciudadanía que obran a folios 18 y 19 del cuaderno 1 del expediente.



Radicado: 25000234200020120200801 (1379-2014)

Demandante: Esperanza Najjar Moreno

Demandada: COLPENSIONES

vinculación hasta el 30 de junio de 2008, sin embargo, conforme al conteo de tiempos obrante de folios 129 a 130 del cuaderno 2 se indicó que la señora Esperanza Najjar Moreno al 30 de enero de 2012 aún se encontraba vinculada, información que es coincidente con la el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones (folios 15, a 19 del cuaderno principal), así como lo señalado en los actos administrativos demandados (folios 20 a 25 del cuaderno principal). Además de ello, se tiene que mediante oficio aportado por la demandante (el 18 de septiembre de 2017) (folio 160) informó que aún continúa en servicio activo.

En virtud a ello y de acuerdo con la sumatoria del tiempo de servicios realizada precedentemente se puede concluir que, para el 1.º de abril de 1994 la demandante únicamente acreditó 9 años, 5 meses y 22 días de servicios prestados. Por lo tanto, no cumplió con el requisito indispensable de los 15 años de servicios para mantener el beneficio del régimen de transición, lo cual cobra relevancia, si se tiene en cuenta su cambio de régimen del RAIS al RPMPD.

En consecuencia, la señora Najjar Moreno al no acreditar los 15 años de servicios para el 1.º de abril de 1994, perdió los beneficios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al haberse trasladado del RPMPD al RAIS y retornar al RPMPD.

En conclusión: La demandante, perdió el beneficio de la transición de la Ley 100 de 1993, en virtud de las reglas de unificación de la sentencia SU-130 de 2013 proferida por la Corte Constitucional en punto a la exclusión para quienes se trasladaran de régimen sin cumplir con el requisito de los 15 años de servicios para la fecha de entrada en vigencia de la norma.

Segundo problema jurídico

¿Según el traslado de régimen de la demandante, cuál es el marco normativo del reconocimiento de su pensión de jubilación?

La subsección sostendrá la siguiente tesis: Como la demandante no es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, no tiene derecho a la aplicación de ninguna de las normas anteriores al Sistema General de Seguridad Social Integral para el reconocimiento de su pensión, por las razones que se explican a continuación:

A fin de determinar la norma que en materia pensional regula la situación de la demandante dada su pérdida del régimen de transición como se concluyó precedentemente, se efectúa el siguiente estudio.



Radicado: 25000234200020120200801 (1379-2014)
Demandante: Esperanza Najjar Moreno
Demandada: COLPENSIONES

1. Trabajadores afiliados al ISS o con lapsos de labor en vinculación particular:

El Acuerdo 049 de 1990²⁶ aprobado mediante el Decreto 758 de 1990²⁷, en su artículo 12 indicaba:

«[...] Artículo 12. Requisitos de la pensión por vejez. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:
a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,
b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.0.00) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo. [...]»

No obstante, de plano se desvirtúa cualquier posibilidad de que el reconocimiento pensional de la demandante enmarque en esta norma, toda vez que: i) regula el régimen anterior al Sistema General de Seguridad Social aplicable a los trabajadores particulares afiliados al Seguro Social (hoy COLPENSIONES); ii) únicamente conserva aplicabilidad para los trabajadores que fueron beneficiados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993; y, iii) para que sea viable acumular semanas cotizadas al ISS y a Cajanal para obtener esta pensión o incluso, la prevista en la Ley 71 de 1988, el empleado deberá ser siempre beneficiario del régimen de transición²⁸. Circunstancia que no se cumple en el caso de la demandante.

Asimismo, se resalta de que a pesar que la demandante se haya desempeñado como funcionaria de la Rama Judicial desde el 14 de noviembre de 1983 hasta la fecha de forma interrumpida, no tiene el derecho a la aplicación del régimen pensional especial que reclama, por no ser beneficiaria del régimen de transición.

En conclusión: Como la demandante no es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, no tiene derecho al reconocimiento de su pensión de jubilación con base en ninguno de los regímenes que peticiona en el recurso de apelación toda vez que su situación quedó inmersa en los parámetros del sistema general de pensiones.

Tercer Problema Jurídico

¿La señora Esperanza Najjar Moreno tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez en virtud del artículo 33 de la Ley 100 de 1993?

²⁶ «Por el cual se expide el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte.»
²⁷ «Por el cual se aprueba el acuerdo 049 de febrero 1.º de 1990 emanado del consejo nacional de seguros sociales obligatorios»
²⁸ Ver sentencias de la Corte Constitucional, T-019-12 del 20 de enero de 2012 y T-398-09 de 4 de junio de 2009.



La subsección sostendrá la siguiente tesis: a la luz de lo previsto en el Sistema General de Pensiones, la demandante acredita el cumplimiento de los requisitos previstos en las Leyes 100 de 1993 y 797 del 2003, para acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación, por las razones que se explican a continuación:

Pensión de vejez en el Sistema General de Pensiones

El artículo 33 de la Ley 100, de 1993, señala las condiciones para acceder al reconocimiento pensional así:

«[...] artículo 33. Requisitos para obtener la pensión de vejez. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;

b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a



Radicado: 25000234200020120200801 (1379-2014)

Demandante: Esperanza Najar Moreno

Demandada: COLPENSIONES

satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional.

Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte.

PARÁGRAFO 2o. Para los efectos de las disposiciones contenidas en la presente ley, se entiende por semana cotizada el periodo de siete (7) días calendario. La facturación y el cobro de los aportes se harán sobre el número de días cotizados en cada periodo. [...]» (subraya fuera del texto original).

De ahí, los presupuestos para acceder a la pensión de vejez del régimen de la Ley 100 de 1993 son:

i) 55 años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre, a partir del 1.º de enero del 2014 serán 57 años para la mujer y 62 para el hombre.

ii) 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo, que a partir de 2005 aumentan así:

Año	Semanas cotizadas
2003	1000
2004	1000
2005	1050
2006	1075
2007	1100
2008	1125
2009	1150

Año	Semanas cotizadas
2010	1175
2011	1200
2012	1225
2013	1250
2014	1275
2015	1300

Con base en ello se corrobora en el presente caso:

- **Edad:** La señora Esperanza Najar Moreno nació el 1.º de enero de 1959²⁹, es decir, cumplió 55 años el 1.º de enero de 2014 y los 57 el 1.º de enero de 2016.
- **Peticiones en vía administrativa:**

La demandante elevó petición de reconocimiento de pensión de vejez ante el ISS el 2 de junio de 2010³⁰ con aplicación del Decreto 546 de 1971, la cual fue resuelta negativamente a través de la Resolución 044628 del 28 de noviembre de 2011³¹, por cuanto la entidad consideró que había perdido el régimen de transición al haberse trasladado del RPMPD al RAIS sin que al 1.º de abril de 1994 tuviese 15 años de servicio y que, al momento de expedirse el acto administrativo no tenía 55 años de edad.

²⁹ Según cédula de ciudadanía visible a folio 4.

³⁰ Según se señaló en la parte motiva de la Resolución 044628 del 28 de noviembre de 2011, folio 20.

³¹ Folios 20 a 23.



Radicado: 25000234200020120200801 (1379-2014)

Demandante: Esperanza Najár Moreno

Demandada: COLPENSIONES

La solicitante interpuso recurso de apelación el 17 de marzo de 2012³² y el extinto ISS (hoy Colpensiones) lo resolvió mediante la Resolución 01227 del 13 de abril de 2012³³, en la cual confirmó la decisión negativa inicial.

- **Tiempo de servicio:** Según se ha visto, la demandante laboró como se ilustra a continuación:

ENTIDAD	LAPSO	FOLIOS	DIAS / SEMANAS
RAMA JUDICIAL	Del 14 de noviembre de 1983 al 8 de diciembre de 1983	5	24 días/7 = 3.43 semanas
RAMA JUDICIAL	Del 10 de mayo de 1984 al 3 de junio de 1984	5	23 días/7 = 3.29 semanas
RAMA JUDICIAL	Del 23 de septiembre de 1994 hasta el 31 de agosto de 1985.	5	338 días/7 = 48.29 semanas
RAMA JUDICIAL	Del 4 de diciembre de 1985 al 31 de mayo de 1992	7	2337 días menos 279 días de interrupciones = 2058 días/
RAMA JUDICIAL	Del 1.º de junio de 1992 al 31 de julio de 1992.	9	60 días/7 = 8.57 semanas
FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN	Del 1.º de agosto de 1992 al 30 de enero de 2012	10	7.019 días/7 = 1000.2 semanas (Se tiene que al 1.º de abril de 1994 tenía 9 años, 10 meses y 22 días.
Subtotal días			9522 días y 1360 semanas

Efectuados los estudios del tiempo de servicios prestados por la demandante se aclara que para su cómputo una semana será equivalente a 7 días, es decir que la sumatoria de los lapsos en días se dividirá en 7 para definir las semanas cotizadas.

Conforme a lo expuesto analizado en precedencia, se concluye que:

- El 1.º de enero de 2014 cuando la demandante cumplió los 55 años de edad, ya tenía más de 1.300 semanas cotizadas, y, toda vez que en el año 2014 la norma aplicable a su caso exigía la acreditación de 1.275 semanas, la señora Esperanza Najár Moreno tiene derecho a la pensión de vejez, dado que cumplía la edad y las semanas cotizadas.
- Lo anterior, es corroborado por la entidad demandada cuando en la Resolución 01227 del 13 de abril de 2012, que resolvió el recurso de apelación en contra de la Resolución 044628 del 28 de noviembre de 2011, señaló: «[...] Que conforme a lo analizado, la asegurada **ESPERANZA NAJÁR MORENO**, cuenta con el requisito de tiempo ya que acredita 1.321 y para el año 2012 requería 1.225 semanas cotizadas, pero no cuenta con la edad ya que solo tiene 53 años, por lo que se

³² Folios 136 a 141 del cuaderno 2.

³³ Folios 24 a 25.



Radicado: 25000234200020120200801 (1379-2014)

Demandante: Esperanza Najjar Moreno

Demandada: COLPENSIONES

concluye que no es acreedora del derecho prestacional. [...]». (Folio 25). (Negrillas y mayúsculas del texto original).

- En este sentido, se observa que la demandante al momento de reclamar la prestación ya tenía las semanas cotizadas que exige el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiaria de la pensión de vejez, sin embargo no contaba con la edad, la cual cumplió el 1.º de enero de 2014, por lo que a partir de dicha fecha cumplió el estatus pensional.
- Se ha demostrado también que la demandante para la fecha de expedición de la sentencia de primera instancia seguía activa y cotizaba en Colpensiones y según memorial suscrito por ella -el cual aportó al expediente- el 18 de noviembre de 2017³⁴ se mantenía vinculada en la Rama Judicial.
- Así, queda demostrado que si bien para la fecha de expedición de los actos demandados la demandante no satisfacía los requisitos previstos en la norma para adquirir estatus pensional, también debe considerar que por las características cambiantes del derecho con el transcurso del tiempo y dada su permanencia en la vinculación laboral, mientras avanzó el proceso judicial acreditó el cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo de servicios exigidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 para acceder a la pensión de vejez.

En vista de las especiales circunstancias del caso, es necesario estudiar su resolución desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva:

La tutela judicial efectiva

De conformidad con el artículo 229 superior el Estado colombiano «[...] garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia [...]», último que se ha concebido como fundamental en la medida en que, a través de él, se satisface una necesidad ínsita al ser humano, cual es la de encontrar una solución pacífica, equitativa y ajustada respecto de las desavenencias y conflictos que puedan suscitarse en la vida en sociedad. Ello explica la relación directa que existe entre aquel y la justicia como valor esencial, consagrado desde el mismo preámbulo³⁵ de la Constitución Política.

En diferentes sentencias, la Corte Constitucional ha reconocido el carácter de derecho fundamental de aplicación inmediata que ostenta el acceso a la

³⁴ Folio 160.

³⁵ «[...] en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente [...]»



Radicado: 25000234200020120200801 (1379-2014)

Demandante: Esperanza Najjar Moreno

Demandada: COLPENSIONES

administración de justicia, además de su íntima conexión con el derecho al debido proceso. Sobre el particular, dicha Corporación señaló en sentencia C-279 de 2013³⁶:

«[...] El derecho a la administración de justicia también llamado derecho a la tutela judicial efectiva se ha definido como "la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes". Este derecho constituye un pilar fundamental del Estado Social de Derecho y un derecho fundamental de aplicación inmediata, que forma parte del núcleo esencial del debido proceso [...].»

En la doctrina, el profesor *Luigi Ferrajoli*, quien caracteriza la naturaleza de fundamental de un derecho a través de tres criterios axiológicos que extrae de la experiencia del constitucionalismo en los ámbitos nacional e internacional, podría sostenerse que el acceso a la administración de justicia o tutela judicial efectiva adquiere tal condición en virtud de su íntima vinculación con derechos asociados a la conservación de la vida humana y la paz ya que la posibilidad de acudir a instancias judiciales a efectos de que se diriman las controversias humanas impacta de manera directa y ostensible en la disminución del uso de vías violentas a efectos de solucionar los conflictos que se suscitan en la vida en sociedad, siendo ello un reflejo indiscutible y propio del proceso de civilización humano. Al respecto, señala el autor:

«[...] El primero de estos criterios es el del nexo entre derechos humanos y paz instituido en el preámbulo de la Declaración universal de 1948. Deben estar garantizados como derechos fundamentales todos los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria para la paz: el derecho a la vida y a la integridad personal, los derechos civiles y políticos, los derechos de libertad, pero también, en un mundo en el que sobrevivir es siempre menos un hecho natural y cada vez más un hecho artificial, los derechos sociales para la supervivencia.

El segundo criterio, particularmente relevante para el tema de los derechos de las minorías, es el del nexo entre derechos e igualdad. La igualdad es en primer lugar igualdad en los derechos de libertad [...] y es en segundo lugar igualdad en los derechos sociales, que garantizan la reducción de las desigualdades económicas y sociales. El tercer criterio es el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil. Todos los derechos fundamentales son leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regirían en su ausencia [...].»³⁷ (Resaltado fuera del texto original)

De esta forma, se advierte que la justicia y la paz, como principales valores que busca realizar el derecho a la tutela judicial efectiva, constituyen fines esenciales del hombre, por los que debe propender el Estado en su función de servicio a la

³⁶ Sentencia C-279 de 15 de mayo de 2013; expediente D-9324; demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 206 de la Ley 1564 de 2012.

³⁷ Luigi Ferrajoli. Sobre los derechos fundamentales. En: Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Editorial Trotta, Madrid, 2007, pp. 74-75.



Radicado: 25000234200020120200801 (1379-2014)
Demandante: Esperanza Najjar Moreno
Demandada: COLPENSIONES

comunidad y promoción de la prosperidad general, lo que sin duda alguna permite la categorización de aquel derecho como fundamental.

Cabe anotar que la importancia de la protección de la tutela judicial efectiva se acentúa cuando lo que está en controversia son derechos de naturaleza laboral y de seguridad social. Lo anterior en virtud de la íntima conexidad que tiene el trabajo con la dignidad humana y, a su vez, la estrecha relación de esta última con la realización de los valores y principios en que se funda el Estado Social y Democrático de Derecho, cuestión que es advertida desde la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos en los siguientes términos:

«[...] Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Artículo 23. 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. 4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses [...] (Subraya la Sala).

Ahora bien, la caracterización que se le ha dado al derecho de acceso a la administración de justicia o tutela judicial efectiva impacta de manera directa la forma en que este debe ser protegido. Ello sucede en virtud del denominado principio *pro homine*, el cual irradia todos los derechos humanos, al ser connatural a la existencia misma del sistema de protección de aquellos.

En palabras de la Corte Constitucional, «[...] el principio de interpretación *pro homine*, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional [...]»³⁸.

Tal principio tiene su consagración normativa en los artículos 1 y 2 de la Carta Política y en el artículo 93 *ejusdem*, en virtud del cual, los derechos y deberes contenidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

³⁸ Sentencia C-438 de 2013. Referencia: expediente D- 9389. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 17, 19 (parcial), 27 (parcial), 28 (parcial), 37 (parcial), 41 (parcial), 46 (parcial), 47 (parcial), 64 (parcial), 86 (parcial) y 88 (parcial) de la Ley 1448 de 2011.



Radicado: 25000234200020120200801 (1379-2014)

Demandante: Esperanza Najjar Moreno

Demandada: COLPENSIONES

En ese sentido, el artículo 5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos previó lo siguiente:

«[...] Artículo 5:

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado [...]

Por su parte, el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, preceptuó:

«[...] Artículo 29. Normas de Interpretación: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza [...]

Como puede observarse, este se ha considerado como un principio general del derecho internacional de los derechos humanos, con innegable aplicación en materia laboral y de derecho a la seguridad social, a la administración de justicia y a la igualdad, al ser instrumentos normativos internacionales.

Es así como la interpretación de las reglas procesales debe permitir la realización, en la mayor medida posible, del derecho de acceso a la administración de justicia en sentido material, principio que se encuentra consagrado en el artículo 229³⁹ de la Constitución Política y en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, último cuyo tenor literal prevé:

«[...] Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la

³⁹ Artículo 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.



Radicado: 25000234200020120200801 (1379-2014)

Demandante: Esperanza Najjar Moreno

Demandada: COLPENSIONES

ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso [...]» (Subrayas de la Sala).

Respecto de dicho principio, esta Corporación ha señalado:

«[...] Bien sea entendido como norma de mayor peso o importancia o como un mandato de optimización, es claro que el rol que desempeña un principio, como lo es el del acceso a la administración de justicia, consiste en servir de criterio de interpretación adecuada de las reglas que desarrollan el principio⁴⁰, lo que implica que el Juez debe tomar partido, en el ejercicio interpretativo, por la norma jurídica que en la mayor medida desarrolle el principio que le sirve de base y, en dado caso, imponer su prescripción sobre las demás, de manera que se deba atender de manera preferente al mandato de acción u omisión que se derive del principio frente a la regla; de esta manera se garantiza la vigencia del principio a través del resto de las normas producidas en el sistema jurídico [...]⁴¹. (Subrayas fuera de texto).

En la misma providencia, se expuso el marco sustancial convencional, el cual deviene de los artículos 1.1, 2, 8.1, 10 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que consagran la tutela del derecho de acceso a la justicia, y se señaló que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde los casos Velásquez Rodríguez⁴² y Godínez Cruz⁴³ ha considerado que:⁴⁴

«[...] la eficacia de las garantías judiciales consagradas en el artículo 25 no se limitan a existencia de los recursos judiciales, sino que por virtud de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos estos deben ser efectivos⁴⁵, esto es, adecuarse y dotarse de la eficacia para la finalidad de justicia

⁴⁰ Cita de la cita: Guastini señala el rol de los principios en este tipo de interpretación: "Los principios influyen en la interpretación de las restantes disposiciones (las que no son principios) alejando a los jueces de la interpretación literal –la más cierta y previsible– y propiciando una interpretación adecuada." GUASTINI, Riccardo. Principios de derecho y discrecionalidad judicial. En: Revista Jueces para la Democracia. Información y debate. No. 34. Marzo, 1999. Págs. 38-46, especialmente 44. Sobre esto es importante resaltar que la denominada interpretación adecuada hace referencia a la adecuación de un significado de una disposición conforme a los postulados bien de una norma jerárquicamente superior o de un principio general del derecho. En ambas situaciones esta interpretación se lleva a cabo al entenderse que el legislador respeta la Constitución como los principios generales del derecho. Para esto véase: GUASTINI, Riccardo. Estudios sobre la interpretación jurídica. México, Universidad Nacional Autónoma de México. 1999. Págs. 47-48.

⁴¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala Plena. Provelo del 22 de octubre de 2015. Rad. 54001-23-31-000-2002-01809-01(42523)A.

⁴² Cita de la cita: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988.

⁴³ Cita de la cita: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Godínez Cruz, sentencia de 20 de enero de 1989.

⁴⁴ Ibídem.

⁴⁵ Cita de la cita: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cantos, sentencia de 28 de noviembre de 2002, párrafo 52. La garantía de un recurso efectivo "constituye uno de los pilares



Radicado: 25000234200020120200801 (1379-2014)

Demandante: Esperanza Najjar Moreno

Demandada: COLPENSIONES

material para los que fueron concebidos, de manera que pueda resolver la situación jurídica de cada persona con las plenas garantías democráticas. Lo anterior significa que en el marco de todos los procedimientos, jurisdiccionales o no, que se adelanten por las autoridades estatales es deber indiscutible la preservación de las garantías procesales, de orden material, que permitan, en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, la defensa de las posiciones jurídicas particulares de quienes se han involucrado en uno de tales procedimientos⁴⁶ [...]». (Subrayas de la subsección).

Como puede observarse, la incorporación que se ha hecho del derecho internacional de los derechos humanos a los ordenamientos internos, reconociéndosele igual jerarquía que la de la Constitución Política, no es escasa y esta convencionalidad, sin duda alguna, ha impactado de manera directa la forma en que debe entenderse el derecho contemporáneo.

Una consecuencia de ello es la creciente tendencia de las codificaciones internas a proscribir las llamadas sentencias inhibitorias por considerar que transgreden el derecho a la tutela judicial efectiva, cuyo núcleo esencial incorpora la garantía a un pronunciamiento proferido por una autoridad judicial en el que se desate de fondo la controversia planteada, sin que escollos de tipo procesal y formal puedan afectar la eficaz realización de tal amparo.

En efecto, de existir tales vicios, le corresponde al juez en el trámite del proceso enderezar la actuación tomando los correctivos⁴⁷ que sean del caso para poder proferir una decisión que en realidad dirima el conflicto que se ha puesto en su conocimiento, sin que sea de recibo que, a último momento, se abstenga de estudiar el fondo del asunto.

Consecuentemente, la subsección estima que es indispensable que el aspecto sustancial de la demandante se solucione de manera directa y efectiva, por lo tanto, para que se pueda zanjar la controversia y la situación jurídica se defina de la mejor manera, es necesario declarar la nulidad de los actos administrativos demandados de tal manera que la entidad pueda expedir una nueva Resolución en cumplimiento de la presente sentencia sin el velo de permanencia en el sistema jurídico de las decisiones anteriores.

básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”.

⁴⁶ Cita de la cita: Puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros Vs Trinidad y Tobago*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Castillo Páez vs Perú*, sentencia de 3 de noviembre de 1997.

⁴⁷ En armonía con ello, el artículo 180 del CPACA prevé dentro de la audiencia inicial una etapa de saneamiento en la que «[...] El juez deberá decidir, de oficio o a petición de parte, sobre los vicios que se hayan presentado y adoptará las medidas de saneamiento necesarias para evitar sentencias inhibitorias [...]». De igual manera, el artículo 207 *ibidem* prevé que «[...] Agotada cada etapa del proceso, el juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarrear nulidades, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes [...]».



Radicado: 25000234200020120200801 (1379-2014)
Demandante: Esperanza Najjar Moreno
Demandada: COLPENSIONES

En este caso, es necesario advertir que la demandante tiene un estado grave de salud, toda vez que padece tumor benigno de los nervios craneales conforme copia de la cirugía realizada el 08 de agosto de 2017 por parte de la Clínica SHAI O y allegada al expediente de folios 158 a 159.

Así las cosas, como está definido que la demandante desde el año 2014 satisface los requisitos exigidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (que es la norma aplicable a su caso), ostenta un derecho indiscutible a que se le reconozca su pensión.

Al respecto, se tiene que la subsección se pronunció en igual sentido en providencia con similares presupuestos fácticos en jurídicos y decidió estudiar y conceder el derecho a la luz de la Ley 100 de 1993, a pesar de que al momento de la expedición de los actos administrativos la demandante no había cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez⁴⁸.

En virtud de los razonamientos expuestos, en amparo de las garantías a la seguridad social, al mínimo vital y a la dignidad humana se ordenará a la entidad demandada que en cumplimiento a esta sentencia efectúe el reconocimiento de la pensión de vejez prevista en la Ley 100 de 1993.

En conclusión: La señora Esperanza Najjar Moreno demostró la edad y el número de semanas requeridas para adquirir el derecho a su pensión de vejez desde el 1.º de enero de 2014. Por lo tanto, en garantía de la tutela judicial efectiva y de sus derechos al mínimo vital y a la seguridad social se ordenará a la entidad demandada que proceda al reconocimiento con base en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 al ser la norma aplicable.

Cuarto problema jurídico.

¿Cómo se debe liquidar la pensión de vejez a favor de la demandante y cuál es la fecha de efectividad de esta?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: La pensión de la demandante se debe liquidar con base en lo previsto en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993. Con efectividad a partir de la fecha que se acredite el retiro definitivo del servicio, por las razones que se explican a continuación:

Liquidación de la pensión Ley 100 de 1993

El artículo 21 de la Ley 100 de 1993 regula:

«ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior

⁴⁸ Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 19 de septiembre de 2019. 66001233300020150007701 (2127-2017).



Radicado: 25000234200020120200801 (1379-2014)

Demandante: Esperanza Najjar Moreno

Demandada: COLPENSIONES

para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.».

En cuanto al monto de la pensión a reconocer a la demandante, será el previsto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, el cual señala:

«ARTÍCULO 34. MONTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

A partir del 1o. de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1o. de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.».

En este aspecto se destaca que la señora Esperanza Najjar Moreno no ha demostrado el retiro definitivo del servicio, es más antes manifestó a través de



Radicado: 25000234200020120200801 (1379-2014)
Demandante: Esperanza Najar Moreno
Demandada: COLPENSIONES

documento allegado a folio 160 que continua vinculada a la Ramia Judicial, por lo tanto el reconocimiento de la pensión será a partir del 1.º de enero de 2014 pero con efectividad a partir del retiro definitivo del cargo.

De ahí que la pensión de la señora Najar Moreno se deba liquidar con base en el IBL, el monto y la tasa de reemplazo de las disposiciones normativas transcritas que correspondan según la fecha de su retiro efectivo del servicio.

En conclusión: La demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en los términos de los artículos 21 y 34 de la citada ley. La pensión quedará condicionada a la demostración del retiro definitivo del servicio para su efectividad y cálculo.

Decisión de segunda instancia

Por razones de prevalencia del derecho sustancial y para garantizar los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de la demandante, se revocará la sentencia de primera instancia, en su lugar se accederá a la pretensión de nulidad de los actos administrativos demandados y se ordenará el reconocimiento de la pensión de vejez prevista en el artículo 33 de la Ley 100 a favor de la demandante.

Se negarán las demás pretensiones de la demanda.

Ajuste de valor

Las sumas reconocidas serán reconocidas conforma la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la mesada pensional dejada de percibir por la demandante, por el guarismo que resulta al dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada comenzando desde la fecha de su causación, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de causación de cada uno de ellos.



De la condena en costas

En lo que respecta a la condena en costas, se precisa que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 *ibidem*⁴⁹, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

En efecto, de la redacción del citado artículo se extraen los elementos que determinan la imposición de la condena en costas, a saber: i) **objetivo** en cuanto a que toda sentencia decidirá sobre las costas procesales, bien sea para condenar total o parcialmente o, en su defecto, para abstenerse y ii) **valorativo** en el entendido de que 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 concordancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Ahora bien, pese a la posición adoptada por esta subsección en providencias del 7 de abril de 2016⁵⁰, en esta oportunidad resulta necesario tener presente que la reclamación adelantada por la parte demandante ha resultado parcialmente prospera razón por la cual no se debe imponer condena en costas a ninguna de las partes, conforme al numeral 5 del artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero: Revocar la sentencia del 28 de noviembre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, en la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuso la señora Esperanza Najjar Morenó contra la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES.

Segundo: Declarar la nulidad de las Resoluciones 044628 del 28 de noviembre de 2011 y 01227 del 13 de abril de 2012, expedidas por el extinto Instituto Seguros Sociales (hoy Colpensiones), en cuanto negaron el reconocimiento pensional a la demandante.

⁴⁹ «Artículo 188. Condena en costas. 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.»

⁵⁰ Ver sentencias proferidas dentro de los números internos: 4492-2013, demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, demandante: José Francisco Guerrero Bardi.



Radicado: 25000234200020120200801 (1379-2014)
Demandante: Esperanza Najjar Moreno
Demandada: COLPENSIONES

Tercero: En garantía de la tutela judicial efectiva, la seguridad social y el mínimo vital de la señora Esperanza Najjar Moreno identificada con cédula de ciudadanía 40.012.851, se ordena a la Administradora Colombiana de Pensiones le reconozca y pague una pensión mensual vitalicia de jubilación, en los términos de los artículos 21, 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1.º de enero de 2014 pero con efectividad a partir de la fecha de retiro definitivo del servicio.

Tercero: Las sumas resultantes a favor de la demandante se ajustarán en su valor, en aplicación de la fórmula indicada en la parte considerativa de esta providencia.

Cuarto: A la sentencia se le dará cumplimiento en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA.

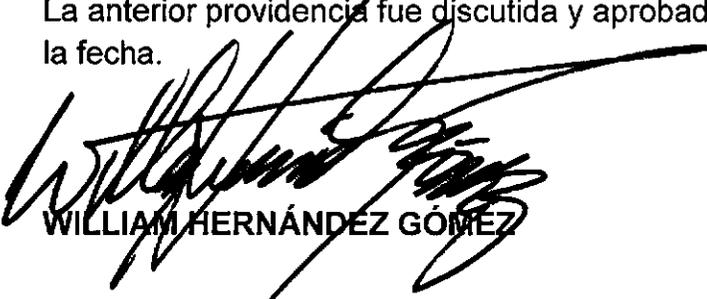
Quinto: Sin condena en costas en esta instancia.

Sexto: Se reconoce personería adjetiva al abogado José Octavio Zuluaga identificado con cédula de ciudadanía 79.266.852 y portador de la tarjeta profesional 98.660 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado principal de la entidad demandada, conforme al poder que obra a folio 164 del expediente.

Séptimo: Ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones correspondientes en el programa «Justicia Siglo XXI».

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Subsección en la sesión de la fecha.


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

legis

