



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

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 66001-23-33-000-2016-00692-01 (0927-2019)
Demandante: LUZ OFELIA CASTAÑO GAVIRIA
Demandados: MUNICIPIO DE PEREIRA, FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES Y MUNICIPIO DE SANTA ROSA DE CABAL

Temas: Improcedencia de reconocimiento del bono pensional por imposibilidad de consolidar derecho a pensión de vejez, para vinculados al Sistema General de Pensiones sin afiliación a alguno de los respectivos regímenes. No existe vulneración del derecho a la igualdad de la demandante a fin de aplicar a su favor los preceptos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Procede el pago y reliquidación de la indemnización sustitutiva.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Ley 1437 de 2011

O-137-2022

ASUNTO

Decide la Subsección el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 29 de agosto de 2018 por el Tribunal Administrativo de Risaralda que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora Luz Ofelia Castaño Gaviria en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 de la Ley 1437 del 2011¹, formuló en síntesis las siguientes:

Pretensiones (Folios 2 a 4)

¹ «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», o CPACA.



1. Que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos: i) Resolución 945 del 15 de marzo de 2016 mediante la cual la Administradora del Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira negó el reconocimiento y pago del bono pensional a favor de la demandante; ii) Resolución 2951 del 5 de julio de 2016 (parcialmente), a través de la cual la referida autoridad revocó el mentado acto administrativo y en su lugar reconoció a favor de la libelista la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; iii) acto administrativo presunto derivado de la ocurrencia del silencio administrativo negativo, estructurado ante la ausencia de respuesta frente al recurso de reposición y en subsidio apelación formulado por la señora Castaño Gaviria contra la Resolución 945 del 15 de marzo de 2016; y iv) Oficio 1049-2016 del 10 de mayo de 2016 con el que el municipio de Santa Rosa de Cabal negó el otorgamiento del bono pensional o la indemnización sustitutiva a favor de la parte activa.
2. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene a los municipios de Pereira y Santa Rosa de Cabal a reconocer y pagar de manera indexada a la demandante, el valor equivalente al bono pensional por los tiempos laborados en dichas entidades territoriales, específicamente entre el 14 de diciembre de 1970 y el 17 de enero de 1977, así como entre el 1.º de febrero de 1985 y el 15 de agosto de 1988 respectivamente.
3. De manera subsidiaria, ordenar a las autoridades demandadas reajustar o reconocer la indemnización sustitutiva a favor de la libelista por los períodos de vinculación oficial con cada una.
4. Dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 y siguientes del CPACA, y finalmente, que se condene en costas a parte pasiva.

Supuestos fácticos relevantes de la demanda (Folios 5 a 8)

1. La señora Luz Ofelia Castaño Gaviria nació el 28 de septiembre de 1951 y laboró al servicio del Estado en las siguientes entidades y períodos para un total de 3.440 días equivalentes a 491,43 semanas, sin que hubiese detentado recursos suficientes para cotizar a pensión con posterioridad. Tales tiempos se distribuyen de la siguiente forma:

	Desde	Hasta	Días	Semanas	Entidad de Previsión
Municipio de Pereira	14/12/1970	17/01/1977	2.194	309.29	Caja de Previsión Municipal de Pereira
Municipio de Santa Rosa de Cabal	01/02/1985	15/08/1988	1.275	182.14	Caja de Previsión Municipal de Santa Rosa de Cabal

2. El 26 de enero de 2016 la demandante radicó una petición ante el municipio de Pereira con el fin de que le fuera reconocido el bono pensional por el lapso laborado al servicio de dicha entidad territorial. Frente a la referida reclamación, la Administradora del Fondo Territorial de Pensiones Municipal expidió la Resolución 945 del 15 de marzo de 2016 con la que denegó lo instado, razón por la cual la solicitante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación que a la fecha de interposición de la demanda (8 de septiembre de 2016) no había sido resuelto.



3. El Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira había proferido la Resolución 2951 del 5 de julio de 2016 con la que revocó parcialmente el primer acto en mención, en el sentido de reconocer a favor de la señora Castaño Gaviria una indemnización sustitutiva con base en el tiempo de servicio acumulado por esta en virtud del vínculo sostenido con aquel ente municipal.
4. La libelista presentó reclamación administrativa ante el municipio de Santa Rosa de Cabal, el 27 de enero de 2016, con la que deprecó el reconocimiento y pago del bono pensional derivado del período de trabajo oficial acumulado en este ente territorial. No obstante, la Secretaría de Recursos Humanos de la mentada autoridad emitió el Oficio 1049-2016 del 10 de mayo de 2016 por medio del cual denegó lo deprecado.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias de allí que la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo»², porque es guía y ajuste de esta última. De esta manera se preserva la congruencia que garantiza el debido proceso, razón por la cual el juez al proferir la sentencia debe resolver el litigio en forma concordante con los hechos, las pretensiones, las excepciones; puntos que fueron condensados y validados por las partes al precisar el «acuerdo sobre el desacuerdo» en la audiencia inicial. De allí que los problemas jurídicos adecuadamente formulados y aceptados por los sujetos procesales se convierten en una eficiente guía para el decreto de las pruebas, las alegaciones, la sentencia y sustentación de los recursos pertinentes. Por lo dicho, la audiencia inicial es el punto de partida más legítimo y preciso para fundamentar adecuadamente la sentencia.

Fecha de la audiencia inicial: 29 de agosto de 2018.

Resumen de las principales decisiones

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

En el acta se consignó lo siguiente al momento de decidir las excepciones:

«[...] En relación con la excepción de **«INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES»** se sustenta con el argumento que el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 ha previsto como requisito de procedibilidad para el presente medio de control el agotamiento de la conciliación extrajudicial requisito que no fue cumplido por la parte actora y por tanto no debe continuarse con el proceso de la referencia. Advierte el despacho que no hay lugar a declarar probada la excepción propuesta por lo que pasa a considerarse: [...]

Ahora bien, a efectos de determinar si el asunto que aquí se ventila es de naturaleza conciliable, es del caso precisar que el medio de control referencia fue impetrado con el fin de que se declare la nulidad de Resoluciones No. 945 del 15 de marzo de 2016 y 2951 del 5 de julio del año, así como del acto ficto derivado del silencio administrativo negativo frente al recurso de apelación incoado en contra de la primera resolución, expedidos Fondo Territorial de Pensiones del municipio de Pereira, e igualmente se declare la nulidad del oficio No. 1049-2016 del 10 de mayo de 2016 expedido por el municipio de Santa Rosa de Cabal, y que a título de restablecimiento

² Ver: Hernández Gómez William. Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB. (2015).



del derecho se ordene el pago del bono pensional o en subsidio, el reajuste de la indemnización sustitutiva reconocida.

Con relación al bono pensional, la Ley 100 de 1993 en su artículo 115 establece que estos constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones, y en este orden de ideas, conllevan implícitamente derechos que por naturaleza son irrenunciables e imprescriptibles y para sus destinatarios son fundamentales.

[...] En consecuencia, dado que la discusión central de este proceso gira en torno al reclamo de un bono pensional o en su defecto, de la indemnización sustitutiva, la conciliación extrajudicial no constituye requisito de procedibilidad en la medida en que esta etapa previa debe satisfacerse «cuando los asuntos sean conciliables», por ello, considera el suscrito que el argumento con el que la apoderada de la entidad demandada fundamenta la excepción de ineptitud de la demanda, no está llamado a prosperar.

Por otra parte, la apoderada judicial de la entidad demandada propuso además las excepciones de «**INESCINDIBILIDAD DE LOS REGIMENES PENSIONALES**», «**BUENA FE DEL FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES**» y la «**EXCEPCIÓN GENÉRICA**». Respecto de tales excepciones propuestas, estima el Despacho que dichos medios de defensa no constituyen excepciones que tengan el carácter de previas, de las señaladas en el artículo 100 C.G.P., ni en el 180 numeral 6° de la Ley 1437 de 2011. [...]». (Mayúscula y negrilla del texto original. Folios 146 a 148 y CD obrante a folio 192 del plenario).

Se notificó la decisión en estrados y las partes no interpusieron recursos.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

El litigio se fijó en los siguientes términos:

«[...] Se considera por el Despacho que, de acuerdo con la demanda y su contestación, el litigio se circunscribe al estudio de legalidad de las Resoluciones No. 945 del 15 de marzo de 2016 y 2951 del 5 de julio del mismo año, así como del acto ficto derivado del silencio administrativo negativo frente al recurso de apelación incoado en contra de la primera resolución, expedidos por el Fondo Territorial de Pensiones del municipio de Pereira, e igualmente la legalidad del oficio No. 1049-2016 del 10 de mayo de 2016 expedido por el municipio de Santa Rosa de Cabal, por medio de los cuales se resolvió negativamente la solicitud de reconocimiento y pago del bono pensional a favor de la demandante, y en consecuencia se ordene el pago del referido bono o, en su defecto, el reajuste de la indemnización sustitutiva reconocida. O si por el contrario, como lo señala el municipio de Santa Rosa de Cabal, la señora Castaño Gaviria no se halla afiliada a ninguno de los dos regímenes de seguridad en pensiones de que trata la Ley 100 de 1993, por lo que resulta improcedente para dicha entidad expedir un bono pensional en las condiciones solicitadas por la actora, y si como lo expone el municipio de Pereira, no existe obligación alguna por parte de dicho ente territorial, toda vez que el Fondo Territorial de Pensiones actuó de manera diligente y acorde a las normas vigentes. [...]» (Folio 149 y CD que reposa a folio 192 del expediente).

SENTENCIA APELADA (Folios 158 a 167)



El *a quo* profirió sentencia escrita el 29 de agosto de 2018, por medio de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demandante con fundamento en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, el tribunal expuso que los bonos pensionales conforme al artículo 115 de la Ley 100 de 1993 constituyen aportes destinados a contribuir a la formación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados del Sistema General de Pensiones a través de los dos regímenes existentes, el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, lo cual es diferente a la indemnización sustitutiva contemplada en el artículo 37 *ibidem*.

Sobre el caso particular de la libelista, sostuvo que esta acreditó haber laborado en el municipio de Pereira del 14 de diciembre de 1970 al 17 de enero de 1977, y en el municipio de Santa Rosa de Cabal del 1.º de febrero de 1985 al 15 de agosto de 1988, ello para un total de 491,42 semanas. En tal sentido manifestó que la señora Castaño Gaviria estuvo afiliada a una caja o entidad de previsión del sector público antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo que la ubica en el sistema general de pensiones, pues este operó de manera automática para todos los trabajadores y ex trabajadores públicos y privados, pues como lo ha planteado el Consejo de Estado, la afiliación no es voluntaria sino obligatoria como una forma de garantizar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica de las personas.

Adicionalmente recordó que la demandante se encuentra en una situación de imposibilidad para continuar con las cotizaciones por el número de semanas que le faltan para obtener el derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, por lo que en realidad, la única prestación a la que podría acceder es a la indemnización sustitutiva, dado que como se indicó por parte del municipio de Santa Rosa de Cabal, ninguna de las normas reguladoras de los bonos pensionales determina que el abono correspondiente se haga directamente a quien no acumuló el tiempo de servicio suficiente para consolidar una prerrogativa pensional.

Adujo que en el *sub examine* están reunidos los requisitos del artículo 37 de la Ley 100 de 1933, como es el cumplimiento de la edad para obtener la pensión de vejez, esto sin haber cotizado el mínimo de semanas exigidas, y además la manifestación de no poder realizar aportes adicionales. Por tal motivo, aseveró que la libelista adquirió el derecho a la referida indemnización sustitutiva, la cual fue reconocida en su momento por el municipio de Pereira mediante la Resolución 2951 del 5 de julio de 2016 en la suma de \$1.900.736, monto que fue acompasado a la fórmula de cálculo consagrada en el Decreto 1730 de 2001, pues se tuvo en cuenta el promedio del salario base de cotización semanal actualizado conforme al IPC (45.45%), se multiplicó por el número de semanas acumuladas y por el promedio ponderado de porcentajes de cotización (5%).

Añadió que si bien la parte activa en los alegatos de conclusión solicitó proferir un fallo en equidad, lo cierto es que lo propio no fue deprecado en la demanda, y además como lo indicó el Ministerio Público en el concepto que rindió en audiencia de alegaciones y juzgamiento, al tratarse de dos regímenes pensionales cuya naturaleza es diferente, no se podría predicar un derecho a la igualdad, porque ello significaría ir en contra del principio de inescindibilidad.



Con base en lo anterior precisó que las súplicas de la demanda frente al municipio de Pereira no están llamadas a prosperar, toda vez que en la actuación administrativa respectiva se negó el bono pensional y se reconoció la indemnización sustitutiva conforme a la normativa en comento. Empero, frente al municipio de Santa Rosa de Cabal advirtió que era necesario declarar la nulidad parcial del Oficio 1049-2016 del 10 de mayo de 2016 en lo que respecta a la denegación de este último concepto, puesto que la demandante se entendía incorporada al Sistema General de Pensiones, de modo que al haber reunido los requisitos de ley, sí había consolidado en debida forma tal prerrogativa indemnizatoria por el tiempo laborado en la aludida entidad territorial.

Acorde con los anteriores razonamientos, el tribunal de primera instancia profirió sentencia que en su parte resolutive se resume de la siguiente manera: i) declaró la nulidad parcial del Oficio 1049-2016 del 10 de mayo de 2016; ii) ordenó al municipio de Santa Rosa de Cabal reconocer, liquidar y pagar a favor de la demandante la indemnización sustitutiva consagrada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, ello conforme a los preceptos del artículo 3.º del Decreto 1730 de 2001; y iii) denegó las demás pretensiones de la parte activa.

RECURSO DE APELACIÓN (Folios 169 a 185)

La parte demandante formuló recurso de apelación contra la decisión reseñada anteriormente. Solicitó que esta sea revocada a fin de que se acceda a la totalidad de sus pretensiones principales relacionadas con el reconocimiento y pago del bono pensional por los tiempos laborados en los municipios de Pereira y Santa Rosa de Cabal.

Para ello argumentó que no es totalmente cierto como se afirma en la sentencia cuestionada, que los bonos pensionales solo están destinados al pago de pensiones y que no se le pueden pagar directamente al ex trabajador cotizante, pues precisamente esta es la cuestión que se debate en términos de igualdad, por cuanto resulta constitucionalmente reprochable solo permitir el acceso y pago de dicha prestación a las personas que se trasladaron al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), toda vez que a quienes no lo hicieron solo se les reconoce una precaria indemnización sustitutiva, como por ejemplo la liquidada por el municipio de Pereira en la suma de \$1.900.736 para compensar más de 6 años de labor oficial.

Añadió que el beneficio anterior no fue consagrado como tal a favor de quienes, como la señora Luz Ofelia Castaño Gaviria, prestaron servicios al Estado y estuvieron afiliados a una caja o entidad de previsión del sector público antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por cuanto para estos solo se concibió una indemnización sustitutiva, que de acuerdo con la liquidación efectuada por el municipio de Pereira resulta absolutamente desproporcionada, más aún cuando se observa que por más de 11 años de aportes la demandante únicamente alcanzó un pago por \$1.900.736.19, es decir, menos de 3 salarios mínimos.

Indicó que no es comparable la referida suma con el valor de un bono pensional por las mismas 490.14 semanas de tiempo de labor oficial, por cuanto si para una pensión mínima se requiere alrededor de \$150.000.000, el



47.76% de ese monto sería \$71.640.000. Al respecto esgrimió que resulta inequitativo, desproporcionado e injustificado que a un extrabajador se le otorguen mayores privilegios, prerrogativas y derechos por el solo hecho de haberse trasladado a un fondo privado, a sabiendas de que es el Estado y no la entidad administradora el que aporta los recursos para el bono pensional.

Sobre el punto aseguró que dicha discriminación no puede ser constitucionalmente admitida y por ende debe dársele plena vigencia al principio de la primacía o prevalencia de la Constitución si se advierte un desequilibrio o una desigualdad creada por la ley frente a un grupo de personas que deben recibir igual o similar trato y protección.

Seguidamente precisó que la fórmula para el cálculo de la indemnización sustitutiva está contenida en el artículo 3.º del Decreto 1730 de 2001, la cual fue erróneamente aplicada por el municipio de Pereira y avalada por el *a quo*, habida cuenta de que si el salario base de liquidación mensual actualizado a 2016, es decir, el correspondiente a 30 días asciende a \$1.285.275.08, el salario semanal, esto es, el equivalente a 7 días, no podría ser inferior a \$299.897.52, valor que al ser multiplicado por el número de semanas cotizadas (491.42), y este resultado a su vez por el 45.45% equivalente al promedio ponderado de porcentajes de cotización, arrojaría un guarismo definitivo de \$66.982.272,72 y no simplemente \$1.900.736,19 como precariamente le reconoció la mentada entidad territorial a la libelista.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes y el Ministerio Público se abstuvieron de intervenir en esta etapa procesal de conformidad con la constancia secretarial visible a folio 211 del plenario.

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. Asimismo, según el artículo 328 del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia debe pronunciarse únicamente sobre los argumentos expuestos en la respectiva alzada, la cual en este caso solo formuló la parte demandante.

Problema jurídico

En ese orden, el problema jurídico que se debe resolver en esta instancia se resume en las siguientes preguntas:

1. ¿Es procedente ordenar en virtud del principio de igualdad el reconocimiento y pago directo del bono pensional a favor de la señora Luz Ofelia Castaño Gaviria, ello por los tiempos de servicio oficial prestados al municipio de Pereira entre el 14 de diciembre de 1970 y el 17 de enero de 1977, así como al municipio de Santa Rosa de Cabal del 1.º de febrero de 1985 al 15 de agosto de 1988, bajo el entendido de que las cotizaciones a pensión fueron efectuadas a las respectivas cajas de previsión territoriales, y que la demandante en ningún



momento se afilió o trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

En caso negativo,

2. ¿Se debe reliquidar el monto de la indemnización sustitutiva reconocida a favor de la libelista por parte del Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira en virtud de la Resolución 2951 del 5 de julio de 2016, esto en aplicación de artículo 3.º del Decreto 1730 de 2001?

Primer problema jurídico

¿Es procedente ordenar en virtud del principio de igualdad el reconocimiento y pago directo del bono pensional a favor de la señora Luz Ofelia Castaño Gaviria, ello por los tiempos de servicio oficial prestados al municipio de Pereira entre el 14 de diciembre de 1970 y el 17 de enero de 1977, así como al municipio de Santa Rosa de Cabal del 1.º de febrero de 1985 al 15 de agosto de 1988, bajo el entendido de que las cotizaciones a pensión fueron efectuadas a las respectivas cajas de previsión territoriales, y que la demandante en ningún momento se afilió o trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

Al respecto, la Sala sostendrá la siguiente tesis: no es procedente ordenar el pago de un bono pensional a favor de la libelista por los tiempos laborados en las entidades demandadas, pues no se advierte una vulneración al principio de igualdad respecto de su situación como vinculada al sistema general de pensiones con derecho a una indemnización sustitutiva, ello en comparación con los afiliados al RAIS a quienes les es aplicable la figura de la devolución de saldos.

➤ Marco normativo y jurisprudencial sobre los bonos pensionales

De conformidad con el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, los bonos pensionales «constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones». Aquellos fueron contemplados por el legislador como una herramienta para solucionar los inconvenientes presentados con el traslado de cotizaciones entre los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, de manera que se puedan utilizar los aportes para pensión que un afiliado haya realizado a una administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) como el entonces Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones), así como a las diferentes cajas o fondos pensionales del sector público, a fin de aumentar el capital requerido para el reconocimiento pensional en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) al que se haya trasladado el administrado.

De hecho, el artículo 113 de la norma *ejusdem* prevé que la expedición del bono pensional tiene lugar precisamente cuando ocurra un traslado de afiliación de una persona que se encuentra en el RPMPD y decide pasar al RAIS. En el evento contrario, se tratará de un giro o transferencia de saldos de la cuenta individual hacia el fondo común de la administradora pública, para acreditarlo en forma de semanas de cotización en cabeza del afiliado.

Sobre el punto este precepto indica:



«ARTÍCULO 113. TRASLADO DE RÉGIMEN. Cuando los afiliados al Sistema en desarrollo de la presente Ley se trasladen de un régimen a otro se aplicarán las siguientes reglas:

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

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

Ahora, frente a los requisitos para la constitución de este bono, el referido artículo 115 *ibidem* contempló los siguientes, respecto de los cuales se exige el cumplimiento de al menos alguno de estos:

«[...] Tendrán derecho a bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplan alguno de los siguientes requisitos:

a) Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las cajas o fondos de previsión del sector público;

b) Que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos;

c) Que estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones;

d) Que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieren a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones.

PARÁGRAFO. Los afiliados de que trata el literal a) del presente artículo que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas no tendrán derecho a bono. [...]».

Adicionalmente, la norma legal en comento señala cuáles son las clases de bonos pensionales y quiénes deben ser sus emisores (artículos 118 y 119). En todo caso, los cánones 121 y 122 consagran cómo se deben expedir aquellos instrumentos tanto por la Nación como por los fondos, cajas o entidades públicas que no hubiesen sido sustituidos por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional. Dichos postulados plantean lo siguiente:

«[...] ARTÍCULO 121. BONOS PENSIONALES Y CUOTAS PARTES A CARGO DE LA NACIÓN. La Nación expedirá un instrumento de deuda pública nacional denominado bono pensional, de la naturaleza y con las características señaladas en los artículos anteriores, a los afiliados al Sistema General de Pensiones, cuando la responsabilidad corresponda al Instituto de los Seguros Sociales, a la Caja Nacional de Previsión Social, o a cualesquiera otra Caja, Fondo o entidades del sector público sustituido por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, y asumirá el pago de las cuotas partes a cargo de estas entidades.

Los bonos a cargo de la Nación se expedirán con relación a los afiliados con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley y sobre el valor de la deuda imputable con anterioridad a dicha fecha.



ARTÍCULO 122. FONDOS PARA PAGO DE CUOTAS PARTES Y BONOS PENSIONALES DE LAS CAJAS, FONDOS O ENTIDADES PÚBLICAS NO SUSTITUIDOS POR EL FONDO DE PENSIONES PÚBLICAS DEL NIVEL NACIONAL. Las Cajas, Fondos o Entidades del sector público que no hayan sido sustituidos por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, destinarán los recursos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de sus correspondientes bonos pensionales y de las cuotas partes que les correspondan, mediante la constitución de patrimonios autónomos manejados por encargo fiduciario de acuerdo con las disposiciones que expida la Superintendencia Bancaria y las garantías que exija el Gobierno Nacional.

Estos fondos estarán sometidos a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria.

Los recursos se apropiarán con cargo prioritario a las cotizaciones previstas en la presente Ley, y cuando sea necesario también con cargo a los recursos propios de las entidades.

La Nación podrá subrogar las obligaciones de que trata este artículo, para asegurar el pago de las mismas a los beneficiarios del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y los afiliados a las entidades del régimen de prestación definida, cuando la entidad tenga incapacidad temporal para asumirlas, en las condiciones que se establezcan para el efecto. [...]».

De acuerdo con lo expuesto, los bonos pensionales representan el pasivo que debe ser objeto de atención por las entidades que recaudaron cotizaciones a pensión de sus entonces afiliados, y que dejaron de serlo cuando estos decidieron trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, caso en el cual, efectivamente se debe emitir un título de deuda que permita convertir un tiempo de servicio calculado en aportes por semanas laboradas, en un monto determinado de capital líquido destinado a engrosar el ahorro personal del afiliado a la administradora privada, en orden de que este pueda acceder materialmente a una pensión de vejez.

Al respecto, es adecuado resaltar que los bonos pensionales se pueden clasificar en: **i)** de acuerdo con su emisor³, y **ii)** según la naturaleza del traslado, que pueden ser: 1. Bono tipo A emitido para quien se traslada del RPMPD al RAIS. 2. Bono tipo B aplicable para los empleados públicos que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones se afiliaron al RPMPD por

³ «Artículo 118 de la Ley 100 de 1993 Los bonos pensionales serán de tres clases: a) Bonos pensionales expedidos por la Nación; b) Bonos pensionales expedidos por las Cajas, Fondos o entidades del sector público que no sean sustituidas por el Fondo de Pensiones Públicas del nivel Nacional a que se refiere el Capítulo III del presente Título, y cuya denominación genérica de bono pensional se complementará con el nombre de la Caja, Fondo o Entidad emisora, c) Bonos pensionales expedidos por empresas privadas o públicas, o por cajas pensionales del sector privado que hayan asumido exclusivamente a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones y cuya denominación genérica de bono pensional se complementará con el nombre de la entidad emisora. Artículo 119 del Decreto Ley 1299 de 1994 : a) por la Nación en los casos de que trata el artículo 16 del presente Decreto, b) por el Instituto de Seguros Sociales en los casos del artículo 17, c) por las Cajas, Fondos o entidades del Sector Público del nivel Nacional, d) por empresas públicas o privadas o por Cajas o Fondos de Previsión Social del Sector privado que hayan asumido exclusivamente a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones y e) por las Cajas, Fondos y entidades territoriales que tengan a su cargo el pago y reconocimiento de pensiones.».



medio del entonces Instituto de Seguros Sociales.⁴ y 3. Bonos especiales tipo E⁵, C⁶ y T⁷.

De otra parte, según la interpretación jurisprudencial de la Corte Constitucional⁸, el procedimiento para la liquidación, expedición y redención de los mentados títulos se efectúa de la siguiente manera: (i) conformación de la historia laboral del afiliado; (ii) solicitud y realización de la liquidación provisional; (iii) aceptación por parte del afiliado de la liquidación provisional; (iv) emisión; (v) expedición; (vi) redención y (vii) pago del bono pensional.

En todo caso, es relevante precisar que el instrumento de deuda bajo estudio, se otorga en procura de consolidar el requisito del capital exigido para concretar el reconocimiento de una pensión de vejez, pues debe recalcarse el hecho de que el bono pensional es una suerte de «capital de garantía» que solo se hace exigible cuando el beneficiario cumple las exigencias mínimas para su redención tal como lo señala el artículo 67 de la Ley 100 de 1993⁹. Es decir, en esencia no se trata de una suma de dinero disponible a voluntad del reclamante, sino que su ejecución estará condicionada a la situación jurídica que aquel haya estructurado respecto del derecho prestacional deprecado, bien sea la pensión propiamente dicha o una eventual devolución de saldos según corresponda.

➤ **Del derecho a la igualdad y las diferencias entre los dos regímenes pensionales frente a la situación particular de la demandante**

En primer lugar, resulta pertinente exponer los hechos que en esta actuación se encuentran debidamente probados:

- Según certificado de información laboral emitido el 27 de abril de 2015 por el municipio de Pereira (folio 31), la señora Luz Ofelia Castaño Gaviria estuvo vinculada con dicha entidad territorial desde el 14 de diciembre de 1970 hasta el 17 de enero de 1977, período durante el cual realizó cotizaciones a pensión en la respectiva Caja de Previsión Social Municipal.
- Conforme al certificado de información laboral emitido el 1.º de junio de 2015 por el municipio de Santa Rosa de Cabal (folio 38), la libelista laboró al servicio de aquella entidad territorial desde el 1.º de febrero de 1985 hasta el 15 de agosto de 1988, lapso durante el cual realizó cotizaciones a pensión en la respectiva Caja de Previsión Social Municipal.
- El 26 de enero de 2016 la demandante solicitó ante el Fondo Territorial de Pensiones de los municipios de Pereira (Folios 46 a 49) y Santa Rosa de Cabal

⁴ Bono tipo A (ley 1299 de 1994). Bono tipo B (Ley 1314 de 1994).

⁵ Bonos que se expiden a favor de los trabajadores que se trasladan al régimen de prima media al entonces exceptuado régimen de Ecopetrol. (Decreto 876 de 1998).

⁶ Bonos que se expiden a los que se trasladan al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República. (Decreto 816 de 2002.)

⁷ Bonos que se expiden a favor de Colpensiones por los servidores públicos que cotizaban al ISS y que requieren cubrir el diferencial entre el régimen pensional que les era aplicable y el que los cobijó posteriormente previsto para dicha entidad.

⁸ T-056 de 2017. Referencia: Expediente T-5.752.970

⁹ «ARTÍCULO 67. EXIGIBILIDAD DE LOS BONOS PENSIONALES. Los afiliados que tengan derecho a recibir bonos pensionales, sólo podrán hacer efectivos dichos bonos, a partir de la fecha en la cual cumplan las edades para acceso a la pensión, previstas en el artículo 65 de la presente Ley.»



(folios 64 a 67), el reconocimiento y pago del bono pensional por los tiempos laborados en dichas entidades, esto es, del 14 de diciembre de 1970 hasta el 17 de enero de 1977 y del 1.º de febrero de 1985 hasta el 15 de agosto de 1988 respectivamente. Subsidiariamente deprecó una indemnización sustitutiva liquidada para esos mismos lapsos de labor oficial.

- Conforme a la Resolución 945 del 15 de marzo de 2016 (Folios 51 a 53), la Secretaría de Desarrollo Administrativo del Municipio de Pereira resolvió la reclamación en comento en el sentido de denegar las peticiones de la señora Castaño Gaviria al aducir que el bono pensional solo puede redimirse cuando el administrado se pensione, no en el evento en que se encuentre en la imposibilidad de realizar cotizaciones adicionales luego de adquirir la edad requerida para el efecto.
- El 12 de abril de 2016 la libelista interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la mentada decisión (folios 54 a 58), el cual fue resuelto por parte del municipio de Pereira a través de la Resolución 2951 del 5 de julio de 2016 (folios 59 a 62), por medio de la cual revocó parcialmente el acto primigenio a fin de reconocer y ordenar el pago de una indemnización sustitutiva a favor de aquella, equivalente a la suma de \$1.900.736,19, esto por el período comprendido entre el 14 de diciembre de 1970 y el 17 de enero de 1977.
- El municipio de Santa Rosa de Cabal expidió el Oficio 1049-2016 del 10 de mayo de 2016 (folios 69 a 70) con el que denegó las solicitudes de la demandante relacionadas con el bono pensional y la indemnización sustitutiva al asegurar que estos conceptos no eran aplicables a su situación por haber dejado de cotizar con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993.

Una vez verificados estos supuestos de hecho, resulta necesario verificar si como lo plantea la parte activa, debe atenderse el principio de igualdad para que proceda el reconocimiento a su favor del bono pensional previsto en el RAIS, ello por haber adquirido la edad requerida para adquirir una pensión de jubilación, pero a la vez no tener la posibilidad de realizar las cotizaciones pendientes para consolidar aquella prerrogativa.

Al respecto debe recordarse inicialmente que 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 nacional. No obstante, el sistema exceptuó de su aplicación a quienes fueran beneficiarios de un régimen especial.

Sobre el punto, el artículo 12 *ibidem* instituyó dos regímenes de pensiones a saber: (i) el de prima media con prestación definida y; (ii) el de ahorro individual con solidaridad.

i) Del Régimen de Prima Media con Prestación Definida

Este marco jurídico está contemplado en el artículo 31 de la norma *ejusdem*, 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 la Ley 100 de 1993 consagró que en este régimen los aportes de sus afiliados



constituyen «[...] un fondo común de naturaleza 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.º de la Ley 797 de 2003 que en lo pertinente, modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 así:

«[...] Artículo 9º. (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 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 [...]».

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.

Ahora, este marco regulatorio también contempla una opción prestacional cuando el afiliado adquiere la edad requerida para consolidar el derecho pensional, pero no logra obtener el mínimo de densidad de semanas de cotización necesarias para lo propio, y además, manifiesta la imposibilidad de realizar aportes adicionales para colmar dicha exigencia. Sobre este punto el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 prevé lo siguiente:

«ARTÍCULO 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.»

ii) Del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad



Por otra parte, el régimen en comento desarrollado en la Ley 100 de 1993, es el contemplado en su artículo 59 que lo definió 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 régimen de prima media con prestación definida, se basa en el ahorro proveniente de las cotizaciones y los respectivos rendimientos financieros, los cuales constituyen un patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados.

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 aquel sea variable.

En cuanto a los requisitos para obtener la pensión de vejez en este régimen, el legislador los señaló de la siguiente manera:

«[...] 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 [...]»

En tal sentido, quienes se encuentren afiliados al RAIS, 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. Como se observa, a diferencia del RPMPD, la norma en cita no exige al afiliado el cumplimiento de una edad determinada o de un número específico mínimo de semanas de cotización.

No obstante, el referido marco jurídico concibió una garantía de pensión mínima de vejez para los afiliados al régimen en comento, la cual se somete a los siguientes postulados descritos en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993:

«ARTÍCULO 65. GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ. Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente Ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión.



PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo previsto en los párrafos del artículo 33 de la presente Ley.»

Asimismo, bajo el referido escenario, el canon 66 *ibidem* señaló que aun en el evento en que los afiliados no hubiesen completado el capital mínimo requerido o las semanas de cotización suficientes para obtener una pensión equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, aquellos tendrían un beneficio económico compensatorio de esta situación, que a diferencia del concepto de indemnización sustitutiva propio del RPMPD, corresponde en este caso a una devolución de saldos sometida a la siguiente indicación:

«ARTÍCULO 66. DEVOLUCIÓN DE SALDOS. Quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho.»

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:

- En el Régimen 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.
- 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 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; [...]

Como se observa, la principal característica de los dos regímenes expuestos, es que aunque coexisten, son excluyentes entre sí, lo que significa que solo puede aplicarse uno al momento de reconocerse la pensión¹⁰. Ello en el entendido de que si bien su finalidad común es contener el riesgo laboral propio de la vejez, la invalidez o la muerte del trabajador, su esencia jurídica desde el punto de vista de la naturaleza de cada marco jurídico, es diferente debido al tratamiento paralelo que se le da a los recursos recaudados en

¹⁰ 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).

ambos regímenes, por un lado como aportes por semanas de cotización y por el otro, como capital acumulado de propiedad del afiliado.

Ahora bien, en el caso *sub examine* se advierte que al margen de las divergencias planteadas anteriormente, la demandante considera que el hecho de que en su caso se deniegue el reconocimiento y pago del bono pensional por el tiempo de servicio prestado a las entidades demandadas, y que en su lugar le haya sido concedida una indemnización sustitutiva, conlleva un trato discriminatorio que vulnera abiertamente su derecho a la igualdad, pues estimó que no existe diferencia entre los afiliados al RPMPD y al RAIS desde la perspectiva del principio de favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formas.

Lo expuesto implica que la libelista pretende efectuar un estudio en clave de «test de igualdad»¹¹, a fin de entender si es posible configurar su situación en el plano de la equiparación material con los afiliados del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y sus garantías prestacionales. En tal sentido, lo que se debe verificar en este caso es la existencia de alguno de estos dos escenarios:

- i) Que haya una razón válida y objetiva de tratamiento disímil o discriminación positiva a voces de la Corte Constitucional que propenda por mantener un estado de equidad jurídica entre desiguales, o
- ii) La presencia de una circunstancia diferencial injustificada o discriminación negativa que solo va en detrimento de la aludida equidad que se predica y se concibe constitucionalmente entre iguales.¹²

Bajo el referido contexto, se advierte que no existe vulneración alguna al derecho a la igualdad de la demandante, toda vez que en el *sub examine* se advierte la configuración del segundo supuesto en comento, es decir, no se presenta un criterio válido de comparación para realizar el mentado test, ello en la medida en que los extremos contrastados tampoco están en paridad de condiciones y el tratamiento diferencial se encuentra justificado.

Lo expuesto se fundamenta en el hecho de que la señora Castaño Gaviria no puede ser considerada como igual respecto de los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, habida cuenta de que en ningún momento se aportó prueba de que esta se hubiese afiliado directamente a alguna de las

¹¹ En este punto la Subsección se refiere al denominado test de igualdad conceptualizado por la Corte Constitucional en variada jurisprudencia sobre el particular, específicamente en la sentencia C-127 del 21 de noviembre de 2018, proferida por la Sala Plena de la corporación en el expediente Expediente D-12269, donde se precisó lo siguiente: «[...] La Corte Constitucional colombiana, en concordancia con la jurisprudencia comparada, desarrolló un conjunto de herramientas denominado juicio o test de igualdad, cuyo objeto es verificar la existencia de una violación al respectivo principio. El modelo colombiano hace uso de una mixtura entre los modelos europeos y norte americano, a fin de garantizar, de la mejor forma posible el respeto por la igualdad. En primer lugar, el carácter *relacional* del derecho a la igualdad supone una comparación entre sujetos, situaciones y medidas. Por ello, el uso del juicio o test implica la identificación de tres presupuestos principalmente, a saber: (i) los sujetos a comparar; (ii) el bien, beneficio o ventaja respecto del cual se da el tratamiento desigual; y (iii) el criterio relevante que da lugar al trato diferenciado. Ha sido sostenido por la jurisprudencia constitucional, que el juicio integrado de igualdad tiene tres etapas de análisis, distribuidas de la siguiente manera: (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o *tertium comparationis*, esto es, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se comparan sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución. [...]» (Líneas de la Sala).

¹² Esta tesis ha sido expuesta por esta misma Subsección en diferentes fallos como el del 17 de febrero de 2022 dictado en el proceso con radicado: 25000-23-42-000-2013-01321-01 (1619-2019).



administradoras pensionales privadas creadas para el funcionamiento del régimen aludido. De hecho, lo cierto es que tampoco se afirma en el libelo ni reposa en el plenario, algún medio de convicción que demuestre la afiliación de aquella al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través del entonces ISS (hoy Colpensiones), pues lo único que se comprobó en la actuación, es que la libelista efectuó aportes a pensión a las cajas de previsión de los municipios de Pereira y Santa Rosa de Cabal por los períodos comprendidos entre el 14 de diciembre de 1970 y el 17 de enero de 1977, así como del 1.º de febrero de 1985 al 15 de agosto de 1988 respectivamente.

Ahora, aun en el entendido de que la apelante no realizó cotizaciones a pensión en ninguno de los regímenes creados en virtud de la Ley 100 de 1993, y que por lo tanto tampoco estuvo afiliada a alguna entidad de previsión que administrara su riesgo de vejez, no puede desconocerse el hecho de que esta acumuló cierta cantidad de aportes bajo la naturaleza de semanas o tiempo de servicio oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la norma en comento, lo cual debe tener efectos jurídicos desde el punto de vista prestacional en aplicación de la regulación general.

Lo propio fue analizado por la Sección Segunda del Consejo de Estado¹³ en sentencia del 19 de enero de 2017, en la que se precisó que a pesar de la falta de afiliación de un administrado a algún régimen prestacional, aquel en todo caso debe entenderse vinculado al Sistema General Pensional desde el momento en que cobró vigor la Ley 100 de 1993, ello bajo la égida de los preceptos, beneficios e instituciones jurídicas inherentes al RPMPD, como en efecto lo es la figura de la indemnización sustitutiva. Al respecto se manifestó lo siguiente:

«[...] una cosa es que la persona estuviera desvinculada del servicio al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 y, otra muy distinta, que por esta razón se considere por fuera del sistema pensional, cuando la propia ley no consagra el retiro del sistema como consecuencia de la desvinculación laboral. Por el contrario, la persona que se encuentra en las referidas condiciones se entiende incorporada al sistema general de pensiones, entre otras razones, porque las cotizaciones efectuadas, no pueden entenderse por fuera del mismo sistema y no puede afirmarse que la desvinculación del servicio conlleve el retiro del sistema pensional.

En otras palabras, el ingreso al sistema general de pensiones contenido en la Ley 100 de 1993 operó de manera automática para todos los trabajadores y ex trabajadores públicos y privados, pues no debe olvidarse que la afiliación no es voluntaria sino obligatoria.

Tan cierto es lo anterior, que el artículo 13 de la ley 100 tiene dentro de las características del Sistema General de Pensiones entre otras, que “(...) 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 (...)”.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 19 de enero de 2017. Radicado: 70001 23 33 000 2013 00317 02 (3603-15).



Ahora bien, admitir la tesis de que la indemnización sustitutiva no se aplica a las personas que estaban por fuera del servicio, implicaría contradecir los mandatos previstos en el artículo 53 de la Carta y establecer un trato diferenciado, una discriminación no razonable que no encuentra justificación alguna y que por el contrario, puede llegar a afectar derechos de quienes se encuentran dentro del grupo de personas de la tercera edad, cobijadas por una protección constitucional especial.

Adicionalmente, aceptar la negativa de la entidad para reconocer el derecho reclamado, propicia un enriquecimiento sin justa causa de la entidad a la cual efectuó aportes, en este caso por más de 12 años. A propósito, debe recordarse que el derecho pensional surge de los aportes del empleado a las entidades de previsión durante un determinado tiempo, de manera que los referidos aportes constituyen el sustento económico que permite pagar la pensión. [...]».

Por lo expuesto, resulta evidente que la demandante se encuentra en una situación jurídica totalmente diferente en materia prestacional a la de cualquier persona formalmente afiliada al RAIS, pues aquella dejó de realizar aportes a pensión a alguna de las entidades previstas para el efecto, y por lo tanto solo adquirió la calidad de vinculada al sistema, la cual por su misma naturaleza, solo le permitía acceder a las previsiones normativas del régimen general público, que frente al supuesto de una imposibilidad material para laborar y acumular semanas de cotización con fines pensionales, tiene como efecto propio el reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva y no de un bono pensional como lo depreca la recurrente en su demanda.

Incluso, es de resaltar que si bien el mencionado título de deuda pública tiene aplicación exclusiva en el marco del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como se planteó anteriormente, este no tiene como finalidad compensar la falta de afiliación y aportes para adquirir una pensión de vejez, sino que el propósito esencial es el de aumentar el capital acumulado por un afiliado en una AFP privada que se hubiese trasladado del RPMPD, es decir, su objetivo solo es cubrir parte del monto necesario como requisito para consolidar la prestación, ello al margen de que tales valores se deban abonar directamente junto con los rendimientos y los aportes en una eventual devolución de saldos.

Como se observa, la señora Luz Ofelia Castaño Gaviria no solo se encontraba en una condición divergente desde una arista jurídica respecto de un afiliado al RAIS, lo cual tornaba improcedente entenderla como igual frente a los beneficiarios de tal régimen, sino que además existe una justificación legal que impedía generar un tratamiento equiparable en lo atinente a la figura prestacional prevista para compensar la imposibilidad de continuar con la realización de aportes.

Sobre el particular debe tenerse en cuenta que debido a la calidad de vinculada de la demandante al sistema general de pensiones y no de afiliada o trasladada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ante el acaecimiento del mentado supuesto fáctico, solo podía ser predicable el reconocimiento de una indemnización sustitutiva y no de una devolución de saldos, habida cuenta de que las cotizaciones efectuadas en su momento por aquella a las cajas de previsión territorial de los municipios de Pereira y Santa Rosa de Cabal, únicamente eran acompasables con el requisito de semanas o tiempo de servicio oficial, no con el de capital acumulado de propiedad o



determinación personal a su favor, y mucho menos a título de un bono pensional al no reunirse los preceptos propios para ello.

Es decir, en el presente caso no se supera el referido test de igualdad pretendido por la parte activa, y por lo tanto no es viable estimar la configuración de un trato discriminatorio en el diseño del Sistema General de Pensiones, al contemplar figuras de compensación diferentes por imposibilidad de estructuración del derecho prestacional de vejez, toda vez que no es posible determinar el criterio de comparación o el patrón de igualdad invocado, pues los supuestos fácticos alegados en el libelo no son susceptibles de confrontación con los previstos para los afiliados o trasladados al RAIS, esto al no derivarse de sujetos de la misma naturaleza.

En tal sentido, el hecho de que quienes se encuentran en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad puedan acceder a la devolución de los saldos que tengan en sus cuentas personales con inclusión de los montos por concepto de bonos pensionales, no significa que se advierta un tratamiento desigual vulneratorio de los intereses de la demandante al ser beneficiaria de otra figura contemplada en el RPMPD como lo es la indemnización sustitutiva, pues a pesar de tener fines semejantes, se trata de figuras jurídicas concebidas por el legislador de manera diferente precisamente por la esencia distinta que ostentan los recursos recaudados en cada caso, unos a manera de tiempo de servicio con fines de reconocimiento de pensiones con base en la fijación de una prima determinada por un fondo público y solidario, y otros a título de capital individual y atribuible directamente a cada afiliado que dependerá del monto acumulado para el otorgamiento de la respectiva prestación.

Tal divergencia es la que denota y justifica constitucional y legalmente la necesidad de que se haya estimado en la Ley 100 de 1993 un trato disímil entre desiguales en razón de las características propias de cada régimen pensional, al punto de que no es procedente acceder a la pretensión de la libelista tendiente a que se aplique la figura de la devolución de saldos con el pago del bono pensional, esto por ser un pedimento impropio a su situación jurídica particular, en la que lo adecuado es el reconocimiento de una indemnización sustitutiva conforme al artículo 37 de la norma *ejusdem*.

En conclusión: no es procedente ordenar en virtud del principio de igualdad el reconocimiento y pago directo del bono pensional a favor de la señora Luz Ofelia Castaño Gaviria, ello por los tiempos de servicio oficial prestados al municipio de Pereira entre el 14 de diciembre de 1970 y el 17 de enero de 1977, así como al municipio de Santa Rosa de Cabal del 1.º de febrero de 1985 al 15 de agosto de 1988, pues no se advierte una vulneración a dicho precepto superior, dado que su situación jurídica se constituyó bajo la noción de vinculada al sistema general de pensiones con derecho a una indemnización sustitutiva, lo cual la diferencia abiertamente respecto de los afiliados al RAIS a quienes les es aplicable la figura de la devolución de saldos. En consecuencia, tal contexto impide asumir que en el presente litigio se haya configurado un trato discriminatorio entre iguales como lo sostiene la parte activa.

Segundo Problema Jurídico



¿Se debe reliquidar el monto de la indemnización sustitutiva reconocida a favor de la libelista por parte del Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira en virtud de la Resolución 2951 del 5 de julio de 2016, esto en aplicación de artículo 3.º del Decreto 1730 de 2001?

Debido a que el primer problema jurídico fue resuelto de forma negativa, procede analizar este segundo cuestionamiento respecto del cual se expondrá que la demandante efectivamente consolidó la prerrogativa al pago de la mentada indemnización, la cual en el caso de la reconocida por parte del municipio de Pereira, debe reliquidarse por indebida aplicación del artículo 3.º del Decreto 1730 de 2001. Lo anterior como se explica a continuación:

➤ **Sobre la indemnización sustitutiva y su liquidación en el caso *sub lite***

La figura jurídica en comento se instituyó como una prerrogativa a la que accederían las personas vinculadas o afiliadas al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que no hayan logrado consolidar el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, puntualmente en lo relacionado a la exigencia del tiempo mínimo de servicio para consolidar lo propio.

Al respecto el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 consagró lo siguiente:

«ARTÍCULO 37. Indemnización Sustitutiva de la Pensión de Vejez. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización **equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.**». (Negrita de la Sala).

Por su parte, la Corte Constitucional ha definido que la indemnización sustitutiva es «[...] el derecho de reclamar, en sustitución de las pensiones de invalidez, vejez o de sobrevivientes, una indemnización equivalente a las sumas cotizadas debidamente actualizadas [...]». Asimismo dicha Alta Corte la ha concebido como una «[...] especie de ahorro que el trabajador hace durante una parte de su vida laboral, como consecuencia de los aportes que realiza al Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones, de suerte que se traduce en una garantía frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, en el evento en que el afiliado no logre cumplir con las semanas mínimas de cotización para adquirir su derecho a la pensión. [...]»¹⁴.

Ahora, la norma en comento fue reglamentada por el Decreto 1730 de 2001¹⁵, en el sentido de indicar que el reconocimiento de la indemnización en el RPMPD puede originarse en tres situaciones: i) como sustitutiva de la pensión de vejez o, ii) de la pensión de invalidez o, iii) de la pensión de sobrevivientes, y en principio, configuradas con posterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones para los afiliados al SGSSP, planteamiento que fue replanteado

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T – 513 de 9 de julio de 2007.

¹⁵ Por medio del cual se reglamentan los artículos 37, 45 y 49 de la Ley 100 de 1993 referentes a la indemnización sustitutiva del régimen solidario de prima media con prestación definida.



por la nulidad decretada por el Consejo de Estado¹⁶ en sentencia del 14 de abril de 2005 cuando se precisó lo siguiente:

«[...] Es un principio de derecho incuestionable que las leyes rigen hacia el futuro, por lo que una lectura ligera y desprevenida de la frase acusada de la norma reglamentaria daría como resultado una conformidad con las previsiones de la ley reglamentada, sin embargo, haciendo un estudio a fondo de la especificidad de categorías de afiliados y su derecho a escoger la norma más favorable, lleva a la Sala a ser cuidadosa en su examen, por lo que la limitación en cuanto al cumplimiento de la edad que trae la norma acusada, dejaría por fuera a algunos afiliados que no obstante pertenecer al sistema, pues a la entrada de la vigencia de la ley ingresaron a éste como afiliados forzosos, es decir cotizaron a dicho régimen bajo las previsiones de la ley y se dieron los supuestos que ellas contemplan, retiro del servicio e imposibilidad de seguir cotizando, quedarían privados de ese beneficio, cuando ello no fue el querer del legislador. [...]».

Así las cosas, se concluye que la indemnización sustitutiva procede cuando el cotizante cumplió la edad para obtener la pensión de vejez sin alcanzar el mínimo de semanas exigidas para acceder a la prestación de vejez, invalidez o de sobrevivientes, antes o después de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, y adicionalmente manifiesta su imposibilidad de seguir efectuando aportes.

Pues bien, en el *sub iudice* se determinó previamente que, en efecto, a la demandante le debe ser reconocida una indemnización sustitutiva por los tiempos de servicio prestados a las entidades territoriales demandadas, ello ante la imposibilidad material de consolidar el derecho pensional luego de haber cumplido la edad necesaria para lo propio¹⁷, razón por la cual debe confirmarse la decisión de primera instancia que ordenó al municipio de Santa Rosa de Cabal otorgar este derecho. No obstante, en este punto se recuerda que la señora Castaño Gaviria apeló además la negativa del *a quo* de reliquidar la indemnización concedida por el municipio de Pereira, al estimar que esta no fue calculada de conformidad con las previsiones del artículo 3.º del Decreto 1730 de 2001, por lo que será necesario verificar lo propio.

De este modo, se precisa que la norma en comento indicó la forma en que se debe fijar el valor de la indemnización sustitutiva, así:

«ARTICULO 3º-Cuantía de la indemnización. Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente fórmula:

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

Donde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento,

¹⁶ Esta exigencia fue declarada nula por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 14 de abril de 2005. Radicación número: 11001-03-25-000-2003-00112-01(0477-03).

¹⁷ Conforme a la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 45 del plenario, se extrae que la demandante nació el 28 de septiembre de 1951, por lo que para el año 2016 se observa que aquella tenía 65 años, es decir, más de 57 años que corresponde al límite etario mínimo requerido en virtud del régimen general de pensiones para adquirir tal derecho.



actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.

A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993».

Puntualmente en el caso de la recurrente, se advierte que el municipio de Pereira a través de la Resolución 2951 del 5 de julio de 2016 (folios 59 a 62) revocó parcialmente la Resolución 945 del 15 de marzo de 2016 en el sentido de confirmar la negativa del reconocimiento a favor de aquella de un bono pensional, pero a la vez ordenó el pago de una indemnización sustitutiva en cuantía de \$1.900.736 por el período de labor oficial comprendido entre el 14 de diciembre de 1970 y el 17 de enero de 1977, derecho que liquidó de la siguiente forma:

LIQUIDACION INDEMNIZACION SUSTITUTIVA			
SBC	PROMEDIO SALARIO BASE DE COTIZACION SEMANAL ACTUALIZADO CON IPC AL AÑO 2016	DE	\$271.813.04
SC	SUMA DE SEMANAS COTIZADAS		308
PPC	PROMEDIO PONDERADO DE COTIZACION		45.5%
PPC	PORCENTAJE DE COTIZACION		5%
VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA: \$1.900.736.19			

Por su parte, la parte activa sostiene que este cálculo efectuado por la referida autoridad demandada, es erróneo en el entendido de que el salario base de liquidación semanal actualizado a julio de 2016 era de \$299.897,52, adicionalmente que las semanas de cotización eran 491,42 y que el promedio ponderado de cotización era exclusivamente el 45,45%, lo cual arrojaba un resultado definitivo equivalente a \$66.982.272,72.

Empero, lo cierto es que ni el municipio de Pereira ni la demandante efectuaron una liquidación adecuada a la aplicación correcta del artículo 3.º del Decreto 1730 de 2001, pues realizaron ciertos cálculos inexactos respecto de los



valores y frente a la determinación del porcentaje real del promedio ponderado de cotización. Para ello la Subsección realizó el siguiente ejercicio liquidatorio con fundamento en la verificación estricta de los preceptos de la norma *ejusdem*, del cual se extrae el siguiente resultado:

LIQUIDADO HASTA			JULIO 2016			NÚMERO DE DÍAS	ÚLTIMO SALARIO BASE DE COTIZACIÓN ¹⁸	IPC FINAL	IPC INICIAL	SALARIO MENSUAL ACTUALIZADO	SALARIO ACTUALIZADO MULTIPLICADO POR NÚMERO DE DÍAS
DESDE			HASTA								
AÑO	MES	DÍA	AÑO	MES	DÍA						
1970	12	14	1970	12	31	18	\$ 900,00	126,15	0,16	\$ 699.969,17	12599445,13
1971	01	01	1971	12	31	360	\$ 1.980,00	126,15	0,17	\$ 1.444.883,44	520158037,83
1972	01	01	1972	12	31	360	\$ 2.178,00	126,15	0,20	\$ 1.393.774,16	501758697,31
1973	01	01	1973	12	31	360	\$ 2.395,00	126,15	0,22	\$ 1.344.529,62	484030661,74
1974	01	01	1974	12	31	360	\$ 2.973,00	126,15	0,28	\$ 1.345.063,12	484222723,52
1975	01	01	1975	12	31	360	\$ 3.018,00	126,15	0,35	\$ 1.080.641,20	389030830,80
1976	01	01	1976	12	31	360	\$ 3.150,00	126,15	0,41	\$ 957.708,71	344775137,38
1977	01	01	1977	01	17	17	\$ 1.785,00	126,15	0,52	\$ 431.532,07	7336045,21
TOTAL DÍAS						2.195	SUMATORIA DE SALARIO ACTUALIZADO POR NÚMERO DE DÍAS LABORADOS				2.743.911.578,92
TOTAL SEMANAS COTIZADAS (SC)						313,57	INGRESO PROMEDIO MENSUAL = Sumatoria de Salario Actualizado / Número Total Días				\$ 1.250.073,61
PROMEDIO DEL PORCENTAJE PONDERADO DE COTIZACIÓN (PPC)¹⁹						10%	SALARIO BASE DE COTIZACIÓN SEMANAL (SBC) = Ingreso Promedio Mensual / 30 (días del mes) * 7 (días de la semana)				\$ 291.683,84
TOTAL INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA CONFORME AL ARTÍCULO 3 DEL DECRETO 1730 DE 2001 = SBC x SC x PPC							\$ 9.146.372				
TOTAL INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA CONFORME AL ARTÍCULO 3 DEL DECRETO 1730 DE 2001, SI ANTES DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY 100 DE 1993 LAS ENTIDADES DE PREVISIÓN A LAS QUE LA DEMANDANTE COTIZÓ NO MANEJABAN SEPARADAMENTE LAS COTIZACIONES DE LOS RIESGOS PENSIONALES FRENTE AL RIESGO DE SALUD = SBC x SC x (PPC * 45,45%)							\$ 4.157.026				

Como se aprecia del referido ejercicio, efectivamente el monto de la indemnización sustitutiva reconocida por el municipio de Pereira a través de la Resolución 2951 del 5 de julio de 2016, es errado y afecta el total de la suma de dinero a la que tenía derecho la libelista por dicho concepto, pues según la imagen adjunta relacionada con el cálculo adoptado por aquella autoridad, se observa que esta tomó un valor inferior de salario base de cotización semanal (SBC), así como del número de semanas cotizadas (SC), y adicionalmente tuvo en cuenta a título de promedio ponderado de porcentajes de cotización (PPC), el 45,45% de que trata el artículo 3.º del Decreto 1730 de 2001 como si este hubiese sido el valor real de los aportes para los años 1970 a 1977, lo cual es inadecuado.

De hecho, al aplicar la fórmula respectiva (SBC*SC*PPC), la mentada entidad territorial multiplicó el valor que arrojaba esta fórmula por un nuevo porcentaje de cotización (PPC) que estimó en un 5%, lo que se tradujo en la creación de otra fórmula matemática diferente a la prevista en la norma (SBC*SC*PPC*PC), la cual aritméticamente, en efecto generaría un resultado muy inferior al que realmente correspondía como se observa al verificar que el derecho concedido se determinó en una cuantía de \$1.900.736, a pesar de que esta era, bien de \$9.146.372 si las entidades de previsión a las que la

¹⁸ Extraído de los certificados de salarios mes a mes de la demandante obrantes de folios 33 a 37 del expediente.
¹⁹ Conforme al artículo 3.º del Decreto 1730 de 2001 y el reporte de montos de cotización anteriores al año 1994 emitido por el DANE, dicho porcentaje era equivalente al 10% del respectivo salario base.



apelante cotizó tuvieron en cuenta el 10% de manera separada como porcentaje para pensión, o bien \$4.157.026 si lo propio no se escindió del riesgo de salud.

Si se configuraba este último supuesto, lo cierto es que el municipio de Pereira lo que debió hacer fue hallar la proporción en un 45,45% sobre el monto del promedio ponderado de cotización de la libelista entre 1970 y 1977, que para los años anteriores a 1994 era de 10%, cálculo que arrojaba un guarismo de 0,04545, el cual constituía el valor definitivo a utilizar en el concepto PPC de la fórmula prevista anteriormente, que a su vez daría como resultado un total de \$4.157.026 y no de \$1.900.736.

Lo propio debe indicarse para el argumento de la parte activa que consideró que la variable PPC era simplemente multiplicar el salario de cotización por el número de semanas cotizadas y luego por 45,45%, pues como se indicó anteriormente, la norma indica que ese porcentaje es la proporción existente entre las tasas de aporte a pensión y salud que debe multiplicarse para encontrar o determinar el verdadero promedio ponderado de cotización (PPC), solo para el riesgo pensional cuando ambos conceptos no eran descontados de forma independiente antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, resultado que luego de obtenerse, era el que sí debía seguir la fórmula para ser múltiplo de los valores de salario de cotización y semanas de cotización, tal como se advierte del ejercicio realizado por esta Sala.

En suma, ninguna de las liquidaciones realizadas tanto por el municipio de Pereira como por la parte demandante se adecúan a los preceptos del artículo 3.º del Decreto 1730 de 2001 por yerros en la concepción del concepto de promedio ponderado de cotizaciones, de suerte que deberá ordenarse a aquella autoridad territorial, reliquidar la indemnización sustitutiva concedida a favor de la señora Castaño Gaviria, a fin de que dé aplicación adecuada a las previsiones de la norma en comento con base en los lineamientos de esta providencia.

Es decir se deberá realizar el cálculo con el promedio ponderado de las cotizaciones efectuadas exclusivamente a pensión desde 1970 a 1977 equivalente al 10%, o en caso de que los aportes no se hubiesen separado del riesgo de salud, este último porcentaje tendrá que multiplicarse por el 45,45% para obtener el monto definitivo de PPC correspondiente a la fórmula en comento. En todo caso, el valor a reconocer a favor de la demandante no podrá ser inferior a la suma reconocida de \$1.900.736.

En conclusión: debido a que el derecho a reconocer a favor de la libelista es el de la indemnización sustitutiva a cargo de las entidades demandadas, efectivamente se tendrá que reliquidar el monto que por tal concepto fue reconocido a favor de la libelista por parte del Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira en virtud de la Resolución 295 del 5 de julio de 2016, ello en orden de que se dé aplicación correcta a las previsiones del artículo 3.º del Decreto 1730 de 2001, con base en los planteamientos expuestos en esta providencia, pues no se tuvieron en cuenta valores exactos y adicionalmente se realizó el cálculo errado del promedio ponderado de cotización aplicable en la fórmula prevista en dicha norma.



Decisión de segunda instancia

Según lo expuesto, se impone modificar los ordinales primero y segundo de la sentencia apelada, proferida el 29 de agosto de 2018 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, esto a fin de declarar adicionalmente la nulidad parcial de la Resolución 2951 del 5 de julio de 2016, y en tal sentido, no solo condenar al municipio de Santa Rosa de Cabal a pagar la indemnización sustitutiva a favor de la demandante, sino también ordenar al municipio de Pereira reliquidar ese mismo derecho reconocido a la libelista, ello con base en los preceptos del artículo 3.º del Decreto 1730 de 2001 y conforme a los lineamientos expuestos en esta providencia.

Para lo propio, las entidades demandadas deberán determinar si el porcentaje de las cotizaciones efectuadas por la señora Castaño Gaviria durante los períodos de servicio prestados, fue exclusivo para cubrir el riesgo de pensión, o si dicha tasa incluía además la cobertura del riesgo en salud.

Si se confirma el primer evento, particularmente el municipio de Pereira deberá tener en cuenta un 10% como promedio ponderado de porcentajes de cotización (PPC), a fin de aplicar la fórmula de la siguiente manera: $SBC \times SC \times 10\%$.

Si se corrobora la segunda situación descrita anteriormente, dicho ente territorial tendrá que calcular el monto del PPC según la proporción de un 45,45% sobre del promedio de cotizaciones del 10%, lo cual arroja un resultado de 0,04545 que será el monto correspondiente al referido concepto de la mentada fórmula, la cual técnicamente deberá aplicarse de la siguiente forma: $SBC \times SC \times 0,04545$.

Estos mismos criterios serán observados por parte del municipio de Santa Rosa de Cabal para hallar los valores de cada una de las variables de la fórmula consagrada en el artículo 3.º del Decreto 1730 de 2001, ello con la verificación particular de las variaciones correspondientes a los años de prestación de servicio a dicha entidad.

Por último se confirmará en todo lo demás la providencia recurrida. Lo anterior habida cuenta de que prosperan parcialmente los argumentos de impugnación presentados por la parte activa en su recurso de alzada.

De la condena en costas

Esta subsección en providencia de 7 de abril de 2016²⁰, sobre la condena en costas en vigencia del CPACA determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de dicha carga bajo los siguientes fundamentos:

- a) «El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» –CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

²⁰ Al respecto ver sentencia de 7 de abril de 2016, expedientes: 4492-2013, demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, demandante: José Francisco Guerrero Bardi.



- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP²¹, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.»

De lo anterior se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público²².

Ahora, aun bajo este hilo argumentativo, en el presente caso no se condenará en costas de segunda instancia, en la medida en que prosperó parcialmente el recurso de apelación y por ende la demanda, de suerte que es dable abstenerse de la imposición de dicha carga conforme al artículo 365, numeral 5.º 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: Modificar los ordinales primero y segundo de la sentencia proferida el 29 de agosto de 2018 por el Tribunal Administrativo de Risaralda que accedió a las pretensiones de la demanda, en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora Luz Ofelia Castaño Gaviria contra los municipios de Pereira y Santa Rosa de Cabal, los cuales quedarán de la siguiente forma:

«[...] **PRIMERO:** Declarar la nulidad parcial del Oficio 1049-2016 del 10 de mayo de 2016 expedido por el subsecretario de Recursos Humanos del municipio de Santa Rosa de Cabal, en cuanto negó la indemnización sustitutiva

²¹ «ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]».

²² Regula la norma lo siguiente: “[...] 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 [...]».



a favor de la señora Luz Ofelia Castaño Gaviria, así como de la Resolución 2951 del 5 de julio de 2016 proferida por el municipio de Pereira que reconoció este mismo derecho a la demandante con una incorrecta forma de liquidación.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, se ordena al Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Santa Rosa de Cabal, pagar la indemnización sustitutiva a favor de la libelista con base en la aplicación de los preceptos del artículo 3.º del Decreto 1730 de 2001, por el tiempo de servicio cotizado y acumulado por esta durante el período comprendido entre el 1.º de febrero de 1985 y el 15 de agosto de 1988.

Por su parte, se condena al Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira a reliquidar la indemnización sustitutiva otorgada a la señora Castaño Gaviria conforme a la Resolución 2951 del 5 de julio de 2016, ello con base en los preceptos del artículo 3.º del Decreto 1730 de 2001 y conforme a los lineamientos expuestos en esta providencia, sin que el monto a pagar sea menor al otorgado inicialmente de \$1.900.736.

Para lo propio, las entidades demandadas deberán determinar si el porcentaje de las cotizaciones efectuadas por la demandante en los respectivos períodos de servicio prestados a ambas autoridades, fue exclusivo para cubrir el riesgo de pensión, o si dicha tasa incluía además la cobertura del riesgo en salud.

Si se confirma el primer evento, particularmente el municipio de Pereira deberá tener en cuenta un 10% como promedio ponderado de porcentajes de cotización (PPC), a fin de aplicar la fórmula de la siguiente manera: $SBC \times SC \times 10\%$.

Si se corrobora la segunda situación descrita anteriormente, dicho ente territorial tendrá que calcular el monto del PPC según la proporción de un 45,45% sobre del promedio de cotizaciones del 10%, lo cual arroja un resultado de 0,04545 que será el valor correspondiente al referido concepto de la mentada fórmula, la cual técnicamente deberá aplicarse de la siguiente forma: $SBC \times SC \times 0,04545$.

Estos mismos criterios serán observados por parte del municipio de Santa Rosa de Cabal para hallar los valores de cada una de las variables de la fórmula consagrada en el artículo 3.º del Decreto 1730 de 2001, ello con la verificación particular de las variaciones correspondientes a los años de labor oficial desarrollados en dicha entidad.

Las sumas resultantes de la condena a favor de la parte activa se actualizarán, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina al multiplicar el valor histórico (RH) que es lo dejado de percibir por la demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente a la fecha en la cual la demandante solicitó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva y por lo tanto manifestó su imposibilidad de adquirir una pensión de vejez, ello para el caso específico de la condena impuesta al municipio de Santa Rosa de Cabal.

Respecto del monto adeudado por concepto de reliquidación de la indemnización sustitutiva a cargo del municipio de Pereira, dicha entidad



deberá indexar las sumas adeudas que resulten de este ajuste, para lo cual aplicará en el mismo sentido la referida fórmula, a excepción del índice inicial que corresponderá al del mes de julio de 2016, pues fue esta la última fecha en la que se actualizó el derecho reconocido en su momento. [...]».

Segundo: Confirmar en todo lo demás la providencia apelada.

Tercero: Sin condena en costas de segunda instancia.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al tribunal de origen, previas las anotaciones pertinentes en el sistema de registro SAMAI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firmado electrónicamente

La anterior manifestación fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando el código QR que aparece a la derecha, o accediendo a la dirección <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/> donde deberá ingresar el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.

