

PENSION DE JUBILACION - Traslado de régimen / TRASLADO DEL REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA AL DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD - Consecuencia / TRASLADO DE REGIMEN - Régimen de transición / REGIMEN DE TRANSICION - No se pierde si se ha cotizado 15 años o más al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 / AFILIADOS CON 15 AÑOS O MAS DE SERVICIOS COTIZADOS - Pueden trasladarse en cualquier tiempo conservando los beneficios del régimen de transición / REGIMEN DE TRANSICION - No beneficiaria

El a-quo determinó que la actora perdió la posibilidad de pensionarse con base en las disposiciones del Decreto 929 de 1976, pues se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y además decidió voluntariamente retornar posteriormente al de prima media con prestación definida. (...) De lo anterior se evidencia claramente que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1994, la actora aún no tenía quince años de servicios cotizados, pese a que ya había alcanzado la edad de 37 años. En consecuencia, se recuerda que para los que cumplen con la edad el requisito sine qua non para no perder el régimen de transición consiste en que al momento de la entrada en vigencia del sistema, se haya acreditado un tiempo de servicios cotizados de quince años o más, condición que a todas luces la actora no acreditó. A partir de lo anterior, habría lugar a que se confirmara que en efecto la actora perdió el régimen de transición.

JUEZ DE TUTELA - No es competente para conceder una pensión de jubilación / JUEZ DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Competencia / ACCION TUTELA - Mecanismo transitorio

Como se puede evidenciar a partir de la sentencia del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó, sentencia de 24 de junio de 2009, en el caso concreto, pese a que se hizo referencia al carácter subsidiario de la acción de tutela, una vez se entraron a analizar los hechos en que se fundamentó la acción se dejaron de lado las consideraciones previas, pues en la decisión se guardó silencio respecto de la existencia o no de otros mecanismos judiciales y de las razones que fueron tenidas en cuenta para conceder el derecho de manera directa. Se reitera que dicha competencia corresponde a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo dentro de un análisis de legalidad, salvo que se tome la decisión como un mecanismo transitorio, o para evitar un perjuicio irremediable, lo cual no se logra evidenciar a partir de la sentencia del Juzgado Primero Laboral. Llama poderosamente la atención de esta Sala el hecho de que se haya decidido adelantar el trámite de la tutela en el Municipio de Quibdó ante un Juez Laboral del Circuito, cuando la actora tenía su domicilio en la ciudad de Bogotá, pues así se afirma en la demanda y sin tener en consideración las reglas de competencia para el conocimiento de la acción de tutela que se encuentran en el Decreto 1382 de 2000. Aunado a lo expuesto, es necesario señalar que el objeto jurídico de la acción de tutela es la protección de derechos fundamentales eventualmente vulnerados por el actuar de la autoridad, mientras que el de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho lo constituye la legalidad de la actuación de la administración.

PENSION DE JUBILACION - Reliquidación / RELIQUIDACION PENSION DE JUBILACION - No procede al no ser beneficiaria del régimen de transición

Debe tenerse en cuenta que el objeto del presente debate no consiste en determinar si le asistió razón al juez de tutela al ordenar que se concediera la pensión de jubilación de la actora y que no es posible agravar la situación del apelante único, motivo por el cual, aún ante la evidencia de los defectos en los que

incurre la mencionada providencia de tutela, lo procedente en el caso concreto es denegar las pretensiones de la demanda, pues el artículo 164 del CCA permite al juez declarar de oficio cualquier excepción que encuentre probada dentro del proceso, motivo por el cual, si bien es cierto que no se podrían anular los actos conforme a los cuales se reconoció la pensión de la actora, puede llegarse a negar la solicitud de reliquidación como en efecto lo realizó el a quo, decisión que en esta instancia se confirma. Es por ello que, contrario a lo afirmado por la agente del Ministerio Público, corresponde a esta Sala confirmar la sentencia de primera instancia, pues en el caso concreto se encontró probada una excepción de fondo, toda vez que, tal como se desprende de los problemas jurídicos desarrollados, la actora no podía ser beneficiaria del régimen de transición. En consecuencia, hay lugar a denegar las pretensiones de reliquidación de una pensión otorgada conforme a dicha normativa.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ

Bogotá, D.C., once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00937-01(4417-14)

Actor: LUZ STELLA ACOSTA PASTRANA

Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

Referencia: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DECRETO 01 DE 1984.

Decide la Sala de Subsección el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 27 de junio de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F en Descongestión, que denegó las pretensiones de la demanda incoada por la señora LUZ STELLA ACOSTA PASTRANA, en contra del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS, hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES.

I. PRELIMINAR.

Previo al análisis de los argumentos esgrimidos por las partes, observa esta Sala que el señor apoderado de la entidad demandada sustituyó el poder que le fuera conferido al abogado ORLANDO NÚÑEZ BUITRAGO, como consta a folio 214 del cuaderno principal y de que en virtud de dicha sustitución, el mencionado profesional presentó los alegatos de conclusión en segunda instancia.

En consecuencia, se ordenará reconocer personería al mencionado apoderado, identificado con la cédula de ciudadanía 1.090.393.398 de Cúcuta y tarjeta profesional 249.971 del Consejo Superior de la Judicatura, en los mismos términos en que le fue reconocida personería al titular, doctor JOSÉ OCTAVIO ZULUAGA RODRÍGUEZ.

Una vez presentados los alegatos de conclusión, el apoderado principal reasumió poder y lo sustituyó al abogado DAVID FELIPE SIERRA RIVERA, como se evidencia a folio 229 del cuaderno principal.

En consecuencia, se ordenará reconocer personería al mencionado profesional, identificado con la cédula de ciudadanía 1.018.419.743 de Bogotá y tarjeta profesional de abogado 223.020 del Consejo Superior de la Judicatura, en los mismos términos en que le fue reconocida personería al abogado titular, doctor JOSÉ OCTAVIO ZULUAGA RODRÍGUEZ.

II. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

LUZ STELLA ACOSTA PASTRANA, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del CCA., solicitó la nulidad parcial de la Resolución 52966 de 5 de noviembre de 2009 por medio de la cual el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES le reconoció la pensión vitalicia de jubilación y de la Resolución 637 de 23 de febrero de 2010, por medio de la cual la mencionada entidad negó la solicitud de reliquidación de su pensión.

Como consecuencia de lo anterior, pidió que se le reliquide y pague su pensión de jubilación calculada con todos los factores de salario devengados y percibidos en

los últimos seis meses de servicio; además, que se le reconozcan las diferencias entre lo que se ha venido desembolsando y lo que se determine en la sentencia que ponga fin al proceso; que se ordene a la entidad demandada realizar los ajustes de valor que corresponda de acuerdo con el artículo 178 del CCA y que se le dé cumplimiento a la decisión que se adopte en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del mismo cuerpo normativo; por último que se condene al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES al pago de las costas.

2. HECHOS NARRADOS EN EL ESCRITO DE DEMANDA.

El señor apoderado de la parte actora narró los hechos que se resumen a continuación:

- 2.1. La demandante nació el 26 de mayo de 1956; laboró en diferentes entidades del Estado por más de veinte años, y de esos, más de diez fueron al servicio de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, entidad en la que permaneció hasta el 30 de abril de 2008, pese a que previamente cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación (el 26 de mayo de 2006).
- 2.2. De acuerdo con lo anterior, es beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por lo tanto debió haber sido pensionada de conformidad con lo establecido en el Decreto-Ley 929 de 1976 y con el Decreto 720 de 1978.
- 2.3. Una vez la señora ACOSTA PASTRANA solicitó su pensión de jubilación, la entidad demandada negó el reconocimiento de la misma mediante la Resolución 35664 del 6 de agosto de 2008.
- 2.4. Posteriormente, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó en un fallo de tutela, ordenó que le fuera reconocida la pensión de jubilación de acuerdo con las disposiciones contenidas en el Decreto 929 de 1976.
- 2.5. Como consecuencia de lo anterior, la entidad accionada procedió a

expedir la Resolución 52966 de 5 de noviembre de 2009, mediante la cual le dio cumplimiento a lo ordenado en sede de tutela pero de manera defectuosa, pues no fueron tenidos en cuenta todos los factores salariales devengados en el último semestre de servicios, a lo cual tenía derecho de acuerdo con el régimen especial al que pertenece.

- 2.6. Es por ello que apeló la decisión anterior, pero la misma fue confirmada mediante la Resolución 637 del 23 de febrero del 2010, la cual le fue notificada el 11 de marzo de 2010.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

El señor apoderado de la parte actora señaló como normas violadas y motivos de inconformidad las siguientes:

- Constitución Política: artículos 2, 13, 25 y 58.
- Código Sustantivo del Trabajo: artículo 21.
- Ley 57 de 1887.
- Ley 153 de 1887.
- Ley 33 de 1985.
- Ley 62 de 1985.
- Ley 100 de 1993: artículos 11, 36, 289.
- Decreto 929 de 1976: artículo 7.
- Decreto 720 de 1978: artículo 40.
- Decreto 1158 de 1994: artículo 1.

Como concepto de la violación manifestó que a pesar de que a la señora ACOSTA PASTRANA le fue reconocida su pensión de jubilación, la entidad demandada se abstuvo de ordenar el pago de todos los factores salariales, porque a juicio del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se presentó una derogatoria tácita de los mencionados factores como consecuencia de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y que por lo tanto, los únicos que tuvo en cuenta para efectos de la liquidación de la mesada fueron los contenidos en el Decreto 1158 de 1994.

Respecto de la posición reseñada, la parte demandante indicó que dicha interpretación se fundamentó en una incorrecta y desfavorable lectura del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que se basó en una errónea concepción del término «monto», el cual debe entenderse como un concepto integral que incluye el porcentaje y los conceptos devengados por quienes son beneficiarios de los regímenes especiales y no exclusivamente como el porcentaje, tal como lo hizo el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES.

Además de lo anterior, agregó que no se deben promediar los factores, sino que se debe reconocer y pagar el 100% de lo certificado por concepto de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios y bonificación por servicios y por compensación.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La entidad demandada, a través de apoderado judicial contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la misma, con base en los argumentos que se resumen a continuación:

De manera confusa, indicó que se reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación de la actora con base en el ingreso base de cotización, de conformidad con la historia laboral correspondiente a los últimos seis meses en los que prestó sus servicios a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA NACIÓN, y que con ello la entidad demandada tenía la expectativa de verse liberada de la obligación de pago.

Adicionalmente, propuso las excepciones de:

- A. «Ineptitud Sustantiva de la demanda»: la mencionada excepción la fundamentó en que presumió que no se impugnó el acto demandado.
- B. «Caducidad»: manifestó que la demanda no fue interpuesta dentro de los cuatro meses posteriores a la fecha de notificación, publicación o ejecución del acto definitivo.

- C. «Prescripción»: adujo que dentro de los tres años anteriores a la fecha de presentación de la demanda no se interrumpió la prescripción.
- D. «Pago»: indicó que la pensión de jubilación de la actora se ha pagado de manera oportuna desde la fecha de reconocimiento de la misma. En relación con el ajuste de la condena, sostuvo que no es posible ordenarlo pues no existe una mora porque la obligación no era clara, expresa y exigible.
- E. «Inexistencia del derecho reclamado y de la obligación».
- F. «Buena fe del ISS».
- G. «Cobro de lo no debido».
- H. «Falta de legitimidad en la causa».
- I. «Innominada».

Además de la contestación a la que se ha hecho referencia, el señor apoderado del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES presentó llamamiento en garantía para que la CONTRALORÍA GENERAL DE LA NACIÓN le reintegre la diferencia de los pagos parafiscales a pensión en caso de resultar condenado, pues en su escrito presume que dicha entidad los efectuó por debajo del salario o de los factores salariales que devengaba la demandante.

5. LA CONTESTACIÓN DEL LLAMADO EN GARANTÍA.

Una vez admitido el llamamiento en garantía, la CONTRALORÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a través de apoderado judicial, contestó la demanda en la que en resumen expresó lo siguiente:

En primer lugar se opuso a una eventual condena, pues dentro de las funciones de la entidad llamada en garantía no está la de reconocer y pagar pensiones.

Además, argumentó que mientras la señora ACOSTA PASTRANA estuvo vinculada con dicha entidad, se realizaron los aportes a pensiones de manera oportuna.

A lo anterior agregó que no es cierto que la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA haya realizado el pago de los aportes al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES por debajo del salario realmente devengado por la demandante, lo cual resulta evidente del escrito de demanda, en el cual no se mencionó en ningún momento que ello haya ocurrido.

Por otra parte, discriminó la forma en que fueron realizados los aportes durante la vinculación de la señora ACOSTA PASTRANA con la entidad demandada: al respecto señaló que antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, se hicieron de acuerdo con lo establecido en la Ley 4.^a de 1966, así como con el Decreto 1045 de 1978 y con el Decreto 929 de 1976 y que posteriormente, una vez entró en vigencia la mencionada normativa, se le dio aplicación a lo dispuesto en el Decreto 691 de 1994, modificado por el Decreto 1158 de 1994.

Como excepciones propuso las siguientes:

- A. «Falta de legitimación en la causa»: En cuanto a la excepción propuesta y de acuerdo con lo reseñado previamente, el señor apoderado de la llamada en garantía indicó que la CONTRALORÍA GENERAL DE LA NACIÓN no administra la pensión de la señora ACOSTA PASTRANA y que en la demanda no se cuestionó la forma en que dicha entidad realizó los aportes a pensión.

A lo anterior agregó que lo que se debate en el presente proceso es el régimen aplicable al reconocimiento de la pensión y no la falta de aportes, hecho que no se cuestionó ni en la demanda, ni en los actos administrativos expedidos por el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES.

- B. «Ineptitud del llamamiento en garantía por falta de prueba que vincule a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA con los hechos de la demanda»: la mencionada excepción se fundamentó en que la entidad demandada no allegó ni siquiera prueba sumaria del derecho legal o contractual que le permitiría pedir al llamado la indemnización del

perjuicio que llegara a sufrir.

- C. «Extinción de la obligación por pago, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido»: el señor apoderado de la llamada en garantía, adujo nuevamente que la entidad que representa no está facultada para reconocer pensiones y agregó que no existe un título por medio del cual haya surgido algún vínculo jurídico entre la CONTRALORÍA GENERAL DE LA NACIÓN y el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES
- D. «Improcedencia de la acción por falta de agotamiento de la vía gubernativa, falta de conformación del litisconsorcio necesario y falta de agotamiento del requisito de procedibilidad»: al respecto, puso de presente que la demandante en ningún momento hizo petición directa a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA con el fin de que se pronunciara respecto de los aportes a la seguridad social realizados.
- E. «Improcedencia del llamamiento en garantía por falta de agotamiento del procedimiento de jurisdicción coactiva por parte del ISS»: el señor apoderado de la llamada en garantía indicó que existen procedimientos especiales para que las administradoras de pensiones conminen al pago de los aportes de los afiliados al sistema de seguridad social que no se siguieron en el caso concreto. A lo anterior, agregó que en caso de que se hubiera presentado una mora patronal, le correspondía al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES iniciar un proceso de cobro coactivo.
- F. «Prescripción del cobro»: al respecto indicó que de conformidad con el artículo 817 del Estatuto Tributario la acción de cobro prescribe a los 5 años, los cuales ya han transcurrido en el caso concreto.

6. LA SENTENCIA APELADA.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F en Descongestión, mediante sentencia de 27 de junio de 2014 negó las pretensiones de la demanda con fundamento en los argumentos que a continuación se resumen:

En primer lugar decidió las excepciones propuestas por la entidad demandada y por la llamada en garantía de la siguiente manera:

6.1. Excepciones propuestas por la entidad demandada:

- a. «Ineptitud sustantiva de la demanda»: respecto de la misma, señaló que la mencionada excepción no tiene vocación de prosperidad debido a que la parte actora presentó el recurso de apelación en contra de la Resolución 52966 del 5 de noviembre de 2009, el cual es el único que resulta obligatorio de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 138 del CCA y que este fue resuelto de manera negativa mediante la Resolución 637 de 23 de febrero de 2010.
- b. «Caducidad»: el *a-quo* la despachó negativamente debido a que en el artículo 136 CCA se encuentra consagrada una excepción al término de cuatro meses con que cuenta el demandante para acudir ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en los casos en los que se controviertan actos que reconozcan prestaciones periódicas como el que se debate en el presente proceso.
- c. «Prescripción»: a su vez, manifestó que de ser acogidas las pretensiones se estudiaría la prosperidad de la mencionada excepción.
- d. «Pago; inexistencia del derecho reclamado y de la obligación; cobro de lo no debido»: al respecto, indicó que por tratarse de argumentos de defensa serían analizados al resolver el fondo de la controversia.

6.2. Excepciones propuestas por la entidad llamada en garantía:

- a. «Falta de legitimación en la causa»: en cuanto a

la excepción decidió no acogerla, debido a que la figura del llamado en garantía tiene como fin exigir de un tercero la indemnización del perjuicio o el reembolso total o parcial del pago que se tenga que hacer como consecuencia de una sentencia, y por lo tanto no tiene vocación de prosperidad.

- b. «Ineptitud del llamamiento en garantía por falta de prueba que vincule a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA con los hechos de la demanda»: en relación con lo alegado por la llamada en garantía, adujo que la mencionada entidad estaría obligada al reembolso de los aportes sobre los factores que no hubieran sido pagados en su momento en caso de que las pretensiones de la demanda fueran acogidas.
- c. «Extinción de la obligación por pago, inexistencia de la obligación y pago de lo no debido»: por tratarse de argumentos de defensa, indicó que serían tenidos en cuenta al momento de resolver el fondo de la controversia.
- d. «Improcedencia de la acción por falta de agotamiento de la vía gubernativa, falta de conformación del litisconsorcio necesario y falta de agotamiento del requisito de procedibilidad»: al respecto despachó negativamente la excepción, pues la actora no demandó a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.
- e. «Improcedencia del llamamiento en garantía por falta de agotamiento del procedimiento de jurisdicción coactiva por parte del ISS»: tampoco fue acogida dicha excepción, debido a que no existe una norma que establezca como requisito de procedibilidad del llamamiento en garantía, el inicio de un proceso en la jurisdicción coactiva.
- f. «Prescripción del cobro»: por último, señaló que en caso de que fueran acogidas las pretensiones, la excepción sería estudiada.

A continuación se refirió a los regímenes del Sistema General de Pensiones establecidos en la Ley 100 de 1993 e indicó que de acuerdo con lo dispuesto por el Decreto 3800 de 2000, en el evento en el que una persona que a 1 de abril de 1994 contara con más de 15 años de servicios prestados o semanas cotizadas y decidiera trasladarse al régimen de prima media con prestación definida, podría beneficiarse del régimen de transición y pensionarse de acuerdo con el régimen anterior al que estuviere afiliada.

A su vez, puso de presente que en los incisos 4.º y 5.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se previó la pérdida del beneficio del régimen de transición cuando el afiliado al régimen de ahorro individual decidiera regresar al de prima media, disposiciones que la Corte Constitucional encontró ajustadas a la Carta Política¹.

Además de lo expuesto y con el fin de exponer el panorama completo de las personas que se encuentran próximas al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, hizo referencia a la sentencia C- 1024 de 10 de octubre de 2004², en la cual se analizó el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de prohibir que el afiliado se traslade cuando le falten diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez y lo encontró ajustado a la Constitución Política.

Por otra parte, puso de presente que la jurisprudencia de la Corte Constitucional indicó que los beneficiarios del régimen de transición pueden elegir libremente entre el régimen de prima media con prestación definida y el de ahorro individual

¹ Véase: Sentencia C – 789 de 24 de septiembre de 2002, Magistrado ponente: RODRIGO ESCOBAR GIL, que decidió lo siguiente: PRIMERO.- Declarar EXEQUIBLES los incisos 4º y 5º, del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se entienda que estas disposiciones no se aplican a quienes habían cumplido quince (15) años o más de servicios cotizados, al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones de la Ley 100 de 1993, conforme a lo establecido en la parte motiva de esta sentencia. Con todo, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona.

SEGUNDO.- Declarar así mismo EXEQUIBLE el inciso 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que el régimen de transición se aplica a quienes, estando en el régimen de prima media con prestación definida, se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, habiendo cumplido el requisito de quince (15) años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, y decidan regresar al régimen de prima media con prestación definida, siempre y cuando: a) trasladen a éste todo el ahorro que efectuaron al régimen de ahorro individual con solidaridad; y b) dicho ahorro no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media. En tal caso, el tiempo trabajado les será computado en el régimen de prima media.

² Corte Constitucional, Sentencia C – 1024 de 20 de octubre de 2004, Magistrado ponente: RODRIGO ESCOBAR GIL.

con solidaridad y que estos conservan la posibilidad de trasladarse entre uno y otro de acuerdo con lo establecido en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, es decir, cada cinco años a partir de la selección inicial y siempre que no les falten menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez.

Así mismo, indicó que como consecuencia de la decisión de un afiliado de trasladarse de régimen, puede perder el beneficio del régimen de transición en el evento en el que no lleve por lo menos 15 años de servicios, de acuerdo con las sentencias SU-062 de 2010³ y SU-130 de 2010⁴.

Una vez expuestas las anteriores consideraciones, realizó el análisis del caso concreto en el cual determinó que para el momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, la actora aún no había cumplido los 15 años que se requieren como tiempo de servicio para efectos de no perder el beneficio del régimen de transición, pues para dicha fecha había acumulado apenas 12 años, 3 meses y 28 días.

Es por lo anterior que al haber perdido el régimen de transición, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió negar las pretensiones de la demanda. En consecuencia, determinó que tampoco prosperan las peticiones realizadas frente al llamado en garantía.

7. RAZONES DE LA APELACIÓN.

Contra la decisión anterior, el apoderado de la parte actora interpuso oportunamente recurso de apelación.

Como motivos de inconformidad, indicó que contrario a lo que se determinó en la sentencia de 27 de junio de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F en Descongestión, la actora en

³ Corte Constitucional, Sentencia SU – 062 de 3 de febrero de 2010, Magistrado ponente: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU – 130 de 13 de marzo de 2013, Magistrado ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

efecto es beneficiaria del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, y que por lo tanto se le debe aplicar el Decreto 929 de 1976, puesto que al momento de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, esto es, para el 1 de julio del 2000, ya había alcanzado la edad de 44 años, es decir, le faltaban menos de diez años para cumplir la edad de 50, que es la requerida para efectos de acceder a la pensión de jubilación de quienes son beneficiarios del régimen especial de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, contenido en el Decreto 929 de 1976, o lo que es lo mismo, tenía 18 años y 7 meses de tiempos de servicio.

Además de lo anterior, adujo que a la señora ACOSTA PASTRANA se le están desconociendo principios de orden superior, como lo son los de favorabilidad, razonabilidad, proporcionalidad y confianza legítima.

En consecuencia, solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y se acojan las pretensiones de la demanda.

8. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Una vez admitido el recurso de apelación, y corrido traslado para alegar de conclusión, conforme con lo establecido en el artículo 210 del C.C.A., el apoderado de la parte actora reiteró los argumentos de la demanda y solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia.

Además, sostuvo que ni la Administradora del Régimen Contributivo, ni la Administradora del Régimen de Ahorro Individual debieron aceptar el traslado de la afiliación, pues con ello se violaron principios de orden superior como los de favorabilidad y confianza legítima, al encontrarse la actora muy cerca de alcanzar la edad para acceder a la pensión conforme con las disposiciones que cobijaban a los empleados y funcionarios de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

El señor apoderado sustituto de la demandada solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia, pues de acuerdo con lo probado en el proceso y debido a que evidentemente hubo un cambio en el régimen al que se encontraba

afiliada la señora Acosta Pastrana, esta perdió el derecho a acceder a la pensión conforme al régimen especial de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

9. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

En la presente controversia el Ministerio Público rindió concepto en el que solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y que en consecuencia se acceda a las pretensiones de la demanda, con fundamento en los argumentos que se resumen a continuación:

En primer lugar, sostuvo que pese a que el juez contencioso-administrativo es competente para estudiar la legalidad de los actos expedidos en cumplimiento de una orden de tutela, su análisis se debe circunscribir a lo pretendido en la demanda y en la contestación de la misma.

Con fundamento en lo anterior, manifestó que la decisión por parte de esta corporación se debe centrar en determinar si resulta procedente incluir todos los factores salariales devengados por la actora en el último semestre de servicios y como consecuencia de ello, ordenar que se reliquide la pensión de jubilación y no como se realizó en la sentencia de 27 de junio de 2014, en la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se alejó del debate que le fue planteado por las partes y se centró en la incidencia del cambio del régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, cuando lo pretendido era la reliquidación de una pensión de jubilación ya reconocida por un juez de tutela.

Con fundamento en lo expuesto y aterrizando su análisis al caso concreto, indicó que en la resolución de reconocimiento de la pensión de jubilación de la actora se incluyó solamente la asignación básica, sin tener en cuenta otros factores que esta devengó en el último semestre de servicio, tales como la prima técnica, la bonificación especial, la bonificación por servicios, la prima de servicios y primas de vacaciones y navidad.

III. CONSIDERACIONES

Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

Problemas jurídicos.

Los problemas jurídicos a resolver en la presente sentencia conforme con lo establecido en la demanda, la contestación, la sentencia de primera instancia y el concepto del Ministerio Público consisten en lo siguiente: En primer lugar, se debe determinar si la actora es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o si por el contrario perdió dicha prerrogativa en virtud del traslado que realizó el 1 de julio del 2000 del régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad; a continuación, se debe establecer si el hecho de haber negado las pretensiones de la demanda con base en un aspecto que no fue puesto de presente en la misma resulta contrario al principio de congruencia de la sentencia; por último, una vez se resuelva el anterior problema jurídico, se debe determinar si hay lugar a reliquidar la pensión de la señora ACOSTA PASTRANA de acuerdo con las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 que regían la situación particular de los funcionarios de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

1. Consecuencias del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, para los beneficiarios del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Teniendo en cuenta que el argumento central para negar las pretensiones de la demanda consistió en el cambio al régimen de ahorro individual con solidaridad por parte de la señora ACOSTA PASTRANA, esta Sala deberá analizar en primer lugar tal situación.

Al respecto, es importante traer a colación los incisos 4.º y 5.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que al respecto establecen lo siguiente:

«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.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida».

La Corte Constitucional tuvo oportunidad de analizar su constitucionalidad y al respecto señaló:

«...La creación de un régimen de transición constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionares (sic), en el momento del tránsito legislativo.

En reiteradas ocasiones esta Corporación se ha pronunciado de manera general sobre el significado y el alcance de la protección constitucional a los derechos adquiridos y sobre las diferencias con la protección que reciben las expectativas legítimas. Así mismo, se ha referido a las diferencias entre estas dos instituciones jurídicas, en relación con la aplicación de los regímenes de pensiones a personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no cumplían los requisitos para acceder a la pensión. Recogiendo criterios doctrinarios y jurisprudenciales comúnmente aceptados sobre la materia, ha estimado que derechos adquiridos presuponen la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la ley, que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier momento. Entre tanto, **en las expectativas, tales presupuestos no se han consolidado conforme a la ley**, pero resulta probable que lleguen a consolidarse en el futuro, si no se produce un cambio relevante en el ordenamiento jurídico.

Con todo, **la Corte también ha sostenido que el legislador no está obligado a mantener en el tiempo las expectativas que tienen las personas conforme a las leyes vigentes en un momento determinado**. Ello se debe a que, por encima de cualquier protección a estos intereses, prevalece su potestad configurativa, la cual le permite al legislador darle prioridad a otros intereses que permitan el adecuado

cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho.

(...)

En torno al punto específico objeto de decisión, en la Sentencia C-596 de 1997, la Corte determinó que las personas que habían cotizado a pensiones en los sistemas anteriores a la Ley 100 de 1993 pero que, cuando entró en vigencia el sistema de pensiones conforme al artículo 151, no habían cumplido los requisitos para acceder a la pensión conforme al sistema anterior, **tenían una expectativa, no un derecho adquirido** a que se les aplicara el régimen de transición consagrado en el artículo 36. Por lo tanto, conforme al criterio jurisprudencial sostenido por esta Corporación, resulta constitucionalmente admisible que el legislador imponga ciertos requisitos y restrinja con ello el acceso de las personas al régimen de transición, siempre y cuando tales restricciones sean razonables y proporcionadas. Por ese motivo la Corte en dicha oportunidad declaró exequible la expresión que condicionaba el acceso a dicho régimen de transición a que la afiliación al sistema anterior estuviera vigente cuando entró a regir el sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993.

(...)

En virtud de lo anterior, **no resulta admisible el argumento que esgrime el demandante, en el sentido de que quienes cumpliendo la edad y teniendo afiliación vigente al momento de entrar a regir el sistema de pensiones de la Ley 100 de 1993, consolidaron en su cabeza una situación jurídica o adquirieron un derecho, por el tiempo en que se mantuvieron en el régimen de prima media con prestación definida, pues para el momento en que renunciaron voluntariamente a dicho régimen no habían adquirido el derecho a la pensión. Tenían apenas una expectativa legítima, a la cual decidieron renunciar voluntaria y autónomamente, para trasladarse al sistema de ahorro individual con solidaridad.**

En efecto, **al entrar a regir la Ley 100 de 1993, una de las condiciones para ser beneficiario del régimen de transición y tener la expectativa de acceder al régimen de transición era precisamente no renunciar al sistema de prima media con prestación definida.** Por lo tanto, no puede afirmarse que las personas que renuncian a este sistema se les hubiera siquiera frustrado una expectativa legítima, pues para las personas que no han adquirido el derecho a la pensión, pero tienen la edad para estar en el régimen de transición, ésta existe como tal, **únicamente en la medida en que cumplan con no renunciar al régimen de prima media.**

Se podría hablar de una frustración de la expectativa a pensionarse en determinadas condiciones y de un desconocimiento del trabajo de quienes se trasladaron al sistema de ahorro individual, si la condición no se hubiera impuesto en la Ley 100 de 1993, sino en un tránsito legislativo posterior, y tales personas se hubieran trasladado antes del tránsito legislativo. En tal situación, la nueva ley sí hubiera transformado -de manera heterónoma- la expectativa legítima de quienes estaban incluidos dentro del régimen de transición. Sin embargo, este no es el caso, y por lo tanto, lo que la Corte observa es que este grupo de

personas, al renunciar al sistema de prima media con prestación definida simplemente no cumplieron los requisitos necesarios para acceder al régimen de transición⁵». (negrilla de la Sala)

Como se desprende de manera clara de la sentencia transcrita, en virtud de la libertad de configuración del legislador es constitucionalmente válido establecer excepciones a los regímenes de transición y con ello no se vulnera ningún derecho adquirido. Así, era posible consagrar la pérdida del derecho a acceder al régimen de transición para todos aquellos empleados que a pesar de tener una expectativa legítima de pensionarse conforme a las normas anteriores, voluntariamente decidieran acogerse al régimen de ahorro individual con solidaridad.

En el mismo sentido y tal como se señaló en la sentencia objeto de apelación, con posterioridad al pronunciamiento arriba referenciado, la Corte Constitucional nuevamente tuvo oportunidad de analizar y de reiterar la pérdida del beneficio de la transición por el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad. Así, en la sentencia SU - 130 de 2013 señaló:

«...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.

En efecto, para la Corte resultaba contrario al principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que los afiliados que habiendo cumplido con el 75% o más de

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C – 789 de 24 de septiembre de 2002, Magistrado ponente: RODRIGO ESCOBAR GIL.

tiempo de trabajo al momento de entrar en vigencia la Ley 100/93, terminaran perdiendo las condiciones favorables con las que aspiraban a pensionarse, por la circunstancia de haberse trasladado de régimen pensional, a pesar de tener un nivel alto de contribución al sistema y estando muy cerca de cumplir su expectativa pensional.

Así mismo, desconocía dicho principio y atentaba contra el equilibrio financiero del sistema pensional, que los beneficiarios del régimen de transición por edad, que no habían efectuado cotizaciones o cuyos aportes eran sustancialmente bajos, habiendo decidido acogerse al régimen de ahorro individual, terminaran beneficiándose de los dineros aportados por los trabajadores con un alto nivel de fidelidad al sistema, equivalentes a 15 años o más de servicios cotizados.

De acuerdo con tales premisas, encontró justificado la Corte que el legislador, a través de los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100/93, solo haya decidido excluir del régimen de transición a sus beneficiarios por edad, cuando éstos tomen la decisión de cambiarse del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.

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 al régimen de prima media se traslade a él todo el ahorro efectuado en el régimen de ahorro individual y (ii) que dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

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

10.6. No sucede lo mismo, en cambio, con quienes son beneficiarios del régimen de transición por edad, pues como quiera que el traslado genera en esta categoría de afiliados la pérdida automática del régimen de transición, en el evento de querer retornar

nuevamente al régimen de prima media, por considerar que les resulta más favorable a sus expectativas de pensión, no podrán hacerlo si les faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, dada la exequibilidad condicionada del artículo 13 de la Ley 100/93, declarada en la Sentencia C-1024 de 2004.

10.7. Así las cosas, más allá de la tesis jurisprudencial adoptada en algunas decisiones de tutela, que consideran la posibilidad de trasladado (sic) “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.**

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

10.9. Como ya se indicó, en el primero de dichos fallos, la Corte avaló el mandato legal que excluye del régimen de transición a los beneficiarios por edad que se acogieran al régimen de ahorro individual o se trasladaran a él, entendiendo que de ningún modo tal restricción resultaría aplicable para quienes cumplen con el requisito de tiempo de servicios cotizados, pues no se aviene al principio de proporcionalidad que quienes han contribuido con el 75% o más de cotizaciones al sistema, terminen perdiendo las condiciones en las que inicialmente aspiraban a recibir su pensión. En el segundo pronunciamiento, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de la prohibición de traslado de régimen cuando al afiliado le falten diez años o menos para cumplir la edad de pensión, bajo el entendido que tal prohibición no aplica para los sujetos del régimen de transición beneficiarios por tiempo de servicios, quienes podrá regresar al régimen de prima media con prestación definida “en cualquier tiempo”, con los beneficios del régimen de transición.

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.

10.11. En el caso de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, tuvieran treinta y cinco (35) años o más si son mujeres, o cuarenta (40) años o más si son hombres, éstas pueden trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años contados a partir de la selección inicial, salvo que les falte diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, evento en el cual no podrán ya trasladarse. En todo caso, de ser viable dicho traslado o haberse efectuado el mismo al momento de proferirse la presente providencia, ello no da lugar, bajo ninguna circunstancia, a recuperar el régimen de transición.

10.12. Finalmente, no está por demás precisar que, respecto de los demás afiliados al SGP, es decir, quienes no son beneficiarios del régimen de transición, para efectos del traslado de régimen pensional, también se les aplica la regla anteriormente expuesta, contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, conforme fue modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, ambas normas interpretadas por la Corte, con efectos de cosa juzgada constitucional, en las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004.

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, conservando los beneficios del régimen de transición».

De acuerdo con lo anterior, es evidente que quienes se trasladen al régimen de ahorro individual con solidaridad y no hayan cumplido 15 años de servicios cotizados a primero de abril de 1994, pierden la posibilidad de pensionarse de acuerdo con el régimen de transición, tal como lo ha reafirmado esta corporación al señalar lo siguiente:

«Respecto del debate sometido a consideración de esta Sala, se advierte en primera medida que la actora, en principio, era beneficiaria del régimen de transición previsto en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto para el 1° de abril de 1994 contaba con más de treinta y cinco (35) años de edad (folios 24 y 26 del cuaderno principal).

Asimismo se encuentra que la demandante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.), motivo por el cual, se entiende, que ha perdido el derecho a beneficiarse del régimen de transición --, puesto que, como lo ha sostenido la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002 “el derecho a obtener una pensión de acuerdo con el régimen de transición no es un derecho adquirido sino ‘apenas una expectativa legítima, a la cual decidieron renunciar voluntaria y autónomamente, para trasladarse al sistema de ahorro individual con solidaridad”.

Igualmente se dijo en la referida providencia que sólo “se podría hablar de una frustración de la expectativa a pensionarse en determinadas condiciones y de un desconocimiento del trabajo de quienes se trasladaron al sistema de ahorro individual, si la condición no se hubiera impuesto en la Ley 100 de 1993, sino en un tránsito legislativo posterior, y tales personas se hubieran trasladado antes del tránsito legislativo”.

Por ello la actora, aunque fuera beneficiaria del régimen de transición, no tenía una situación jurídica consolidada sino una mera expectativa para pensionarse manteniendo algunas condiciones del régimen anterior al cual se encontraba afiliada. Dicho régimen se pierde, conforme lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, parcialmente transcrito, cuando existe un traslado al régimen de ahorro individual - como ocurrió en el caso que ahora nos ocupa- salvo que, al devolverse al régimen de prima media, cumpla entre otras condiciones, con 15 años de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, y decida regresar al régimen de prima media con prestación definida; condición prevista en la sentencia C-789 de 2002 y el Decreto 3800 de 2003.

En el caso que ocupa la atención de la Sala y como lo anotó el juzgador de primera instancia, la demandante no cumplió con el requisito para recuperar el régimen de transición, es decir, tener al 1º de abril de 1994 “15 años de servicios cotizados”, pues a dicha fecha apenas contaba con un total de 11 años, 2 meses y 18 días cotizados (fls. 20-26), motivo por el que no hay lugar a aplicarle el artículo 3o del Decreto 1293 de 1994, que define los beneficios del régimen de transición de los congresistas. Así el sólo hecho de regresar al régimen de prima media no conlleva per se la aplicación del régimen de transición como pretende la demandante sino que, además, es indispensable acreditar todos y cada uno de los requisitos ya reseñados⁶».

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

A partir de la jurisprudencia transcrita, corresponde entrar a analizar el caso concreto de la actora y determinar si en efecto perdió el derecho a pensionarse con el régimen especial de la Contraloría General de la República.

a. Caso concreto:

En la presente controversia, el *a-quo* determinó que la actora perdió la posibilidad de pensionarse con base en las disposiciones del Decreto 929 de 1976, pues se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y además decidió voluntariamente retornar posteriormente al de prima media con prestación definida. En efecto en la sentencia de 27 de junio de 2014 se estableció lo siguiente:

«Así las cosas, revisado el expediente se encuentra que están acreditados los siguientes tiempos de servicios de la actora como empleada pública:

- En la Industria Licorera del Huila, como Secretaria de la División Técnica, del 20 de septiembre de 1975 al 2 de agosto de 1977, período durante el cual estuvo afiliada al ISS (fols. 5 a 6 cuaderno 3), para un total de 1 año, 10 meses y 12 días.
- En el Concejo de Bogotá, como Relator I, del 10 de agosto de 1977 al 30 de agosto de 1981, período durante el cual estuvo afiliada a la Caja de Previsión Distrital (fol.69 cuaderno 3), para un total de 4 años y 20 días.
- En la Contraloría General de la República en el cargo de Profesional Universitario Grado 2, del 5 de noviembre de 1987 al 30 de abril de 2008, para un total de 20 años, 5 meses y 25 días...

Conforme a lo anterior, la Sala observa que si bien es cierto la demandante contaba con 37 años al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, pues nació el 23 de mayo de 1956 (fol.2 cuaderno 3) lo que en un principio la hacía beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, en virtud del traslado que efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad del 1 de julio de 2000 a enero de 2004 (fols. 61 a 62 cuaderno 2) y haber regresado al régimen de prima media con prestación definida el 1º de febrero de 2004 (fol. 62 cuaderno 2) **no se cumple con el segundo de los supuestos, ya que para el 1º de abril de 1994, sólo había cotizado 12 años, 3 meses y 28 días⁷.**

Por su parte, el señor apoderado de la parte actora en el recurso de apelación señaló:

⁷ Folios 182 y 183, cuaderno principal.

«Al momento de trasladarse la actora al Régimen de Ahorro Individual - Porvenir, a partir del 01 de julio del año 2000, ya contaba con una edad de 44 años, es decir que le faltaban menos de diez años de edad para cumplir la edad de 50 años que es la requerida para la mujer en el Decreto 929 de 1976 que estableció un régimen especial para los Funcionarios y Empleados de la Contraloría General de la República, igualmente para esa misma fecha contaba con 18 años y 07 meses de tiempo de servicios a entidades del estado, de los cuales 12 años, 07 meses, 26 días a la Contraloría General de la República, de lo cual se establece que le faltaba 01 año y 05 meses para cumplir sus 20 años de servicio⁸».

De lo anterior se evidencia claramente que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1994, **la actora aún no tenía quince años de servicios cotizados**, pese a que ya había alcanzado la edad de 37 años. En consecuencia, se recuerda que para los que cumplen con la edad el requisito *sine qua non* para no perder el régimen de transición consiste en que al momento de la entrada en vigencia del sistema, se haya acreditado un tiempo de servicios cotizados de quince años o más, condición que a todas luces la actora no acreditó.

A partir de lo anterior, habría lugar a que se confirmara que en efecto la actora perdió el régimen de transición. Sin embargo, tal como lo puso de presente el agente del Ministerio Público, resulta importante pronunciarse respecto del alcance del control de legalidad que ejerce la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, y de las implicaciones del principio de congruencia de la sentencia en el caso concreto.

2. El principio de congruencia de la sentencia y la posibilidad de analizar en la misma, aspectos que no han sido alegados por las partes.

Tal como se señaló en los antecedentes de la presente providencia, el señor agente del Ministerio Público puso de presente que el examen que se debe realizar en sede judicial se tendría que circunscribir a lo pretendido en la demanda y en la contestación, pues un juez de tutela ya determinó el régimen aplicable. Pese a que no lo enunció de manera expresa, el agente del Ministerio Público pretende es que se le dé plena aplicación al principio de congruencia.

⁸ Folio 188 cuaderno principal.

Respecto del mismo, la doctrina ha realizado las siguientes consideraciones:

«Considerando la característica esencial que tienen los derechos de acción y de contradicción, o sea, que ambos implican peticiones formuladas al Estado para que éste las resuelva, lógicamente se deduce, como regla técnica del sistema procesal civil, que la sentencia debe concordar con esas peticiones, de manera muy especial en lo tocante a las pretensiones de la demanda, porque, de ordinario, el juez no puede otorgar en una sentencia, cuando ésta sea estimatoria de la demanda, más de lo pedido ni algo distinto, ni condenar por causa diferente a la invocada en ella; sin embargo, respecto de las excepciones sí tiene, por regla general, la posibilidad de declararlas de oficio, pues las únicas que no se pueden reconocer sin previa y oportuna petición de parte son las de compensación, prescripción y nulidad relativa, por así disponerlo de manera expresa el Código Civil⁹».

Como se desprende de lo anterior, en principio la sentencia debe ajustarse a lo dispuesto por las partes. Sin embargo, inclusive en el proceso civil se permite que el juez dé por probadas excepciones de oficio.

En consonancia con lo expuesto, es necesario señalar que esta jurisdicción ha admitido de vieja data, que en la sentencia se realice el análisis de aspectos que en estricto sentido no fueron puestos de presente por las partes, sino que se desprenden directamente de la controversia. En ese sentido, en sentencia de 31 de agosto de 1959, la Sala Única de lo Contencioso Administrativo señaló:

«Los límites de la sentencia no los fija únicamente la demanda, sino todas las cuestiones planteadas oportunamente en la litis. En consecuencia, cuando a la demanda se formula oposición, ya al fundamento jurídico de la pretensión o mediante la proposición de una excepción, el juzgador debe examinarla y resolverla en la sentencia, para que ésta sea congruente, pues lo contrario ocurría si el fallo recae exclusivamente sobre la cuestión planteada en la demanda. **Más, esto no quiere decir que una sentencia adolezca del vicio de incongruencia, cuando el juzgador puede apreciar de oficio cuestiones no propuestas por las partes, como ocurre con las excepciones que debiendo decidirse en la sentencia definitiva, pueden ser declaradas sin instancia de parte, por autorizarlo expresamente el artículo 111 de la Ley 167 de 1941¹⁰».**

⁹ HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, «Procedimiento Civil, Tomo I, Parte General, Bogotá, Colombia, Dupré Editores, 2005, páginas 621 y 622.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala Única de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 31 de agosto de 1959, Radicado 19590831, Magistrado ponente: ALEJANDRO DOMÍNGUEZ MOLINA.

Como se desprende de lo anterior, resulta evidente que en el proceso adelantado ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo se permite que el juez declare de oficio las excepciones que encuentre probadas.

Lo anterior ha sido elevado a norma jurídica. En efecto, en el artículo 164 CCA se dispone lo siguiente:

«ARTÍCULO 164. Excepciones de fondo. En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda, cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos.

En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada».

Como se puede evidenciar, el juez de lo contencioso-administrativo puede dar por probadas las excepciones de fondo que encuentre probadas.

Lo anterior resulta apenas lógico si se tiene en cuenta que se trata precisamente del juez de la legalidad, y que en tal medida, debe actuar aún en el evento en que la entidad demandada no presente argumentos de defensa.

Conforme con lo expuesto, se concluye que en efecto el *a-quo* podía alejarse de los argumentos presentados en la demanda y en la contestación, y abstenerse de acoger las pretensiones de la demanda.

Ahora bien, corresponde analizar el caso concreto, con el fin de determinar el alcance del control de legalidad por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

a. Análisis del caso concreto.

En el caso sometido a consideración de esta Sala, la Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado puso de presente que un juez de tutela definió que a la señora ACOSTA PASTRANA se le debía reconocer su pensión de conformidad con el régimen especial de los funcionarios de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, motivo por el cual la decisión respecto de la

controversia planteada se debía contraer exclusivamente a determinar si correspondía incluir en su mesada todos los factores de salario devengados durante el último semestre de servicios, de acuerdo con el régimen especial al que se ha hecho referencia.

Al respecto, es necesario señalar que el competente para analizar la legalidad de un acto administrativo y determinar si se debe conceder una pensión de jubilación o no cuando se trate de un servidor público **es el juez de lo contencioso-administrativo y no el juez de tutela**. En efecto, esta corporación ha señalado lo siguiente:

«En cuanto al primer aspecto, no asiste razón al Procurador Delegado al solicitar la declaración de inhibición frente al acto acusado, por cuanto el hecho de que esa Corporación haya ordenado la revocatoria del acto de traslado y la entidad haya proferido uno nuevo, **no priva a esta Corporación de la competencia que constitucional y legalmente se le ha otorgado para conocer de las demandas de nulidad contra los actos administrativos**.

La existencia de una decisión de tutela no obsta para que la jurisdicción de lo contencioso administrativo, estudie y decida la cuestión puesta en su conocimiento y de encontrar su conformidad con la Ley la mantenga o la anule si incurre en algunas de las causales señaladas como de nulidad de los actos administrativos.

Una es la función que cumple el juez dentro del proceso de acción de tutela y otra el que por mandato constitucional juzga los actos de la administración. La primera tiene como objeto la protección de los derechos fundamentales ante cualquier vulneración o amenaza, y la segunda, definir sobre la conformidad de los actos administrativos con la Constitución y la Ley.

Sólo el pronunciamiento del juez contencioso administrativo tiene la virtualidad de restablecer el orden jurídico desde la expedición del acto administrativo, por cuanto la sola derogatoria o revocatoria no anula los efectos que produjo durante su vigencia.

Así se ha pronunciado esta Corporación de tiempo atrás en relación con la obligación del juez contencioso administrativo de estudiar la legalidad de los actos administrativos de carácter general a pesar de que ellos hayan sido objeto de derogatoria o revocatoria.

En efecto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 14 de enero de 1991, dictada en el expediente S - 157, Consejero Ponente: Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla, sostuvo:

". la Sala opina que, aún a pesar de haber sido ellos derogados, es necesario que esta Corporación se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general que se

impugnen en ejercicio de la acción de nulidad, pues solamente así se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad posiblemente afectada por la norma acusada, imperio y legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violadora, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras tal pronunciamiento no se produzca, tal norma, aun si derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando en sus efectos a aquellos actos de contenido particular que hubiesen sido expedidos durante su vigencia".

En el asunto en estudio, nada obsta para que, a pesar de tratarse de un acto de carácter particular y concreto se siga la misma directriz, pues estos al igual que los generales, surten efectos que si bien no alcanzan a la generalidad, de resultar contrarios a la legalidad afectan derechos del particular que deben ser resarcidos¹¹».

De lo anterior se desprende que el juez de tutela no reemplaza al juez de lo contencioso-administrativo de la competencia que constitucional y legalmente se le ha otorgado para conocer de las demandas de nulidad contra los actos administrativos y definir sobre la conformidad de los mismos con la Constitución y la Ley.

Adicionalmente, si bien es cierto que se ha consagrado una acción pública para amparar los derechos fundamentales, como lo es la acción de amparo o tutela, también lo es que la misma tiene un carácter subsidiario.

Es por ello que en toda sentencia de tutela se debe hacer un análisis para determinar si existe otro mecanismo de defensa para efectos de conceder el amparo solicitado o si el mismo se concede de manera transitoria, o con el fin de evitar un perjuicio irremediable.

En el caso concreto, el Juez Primero Laboral del Circuito de Quibdó realizó las siguientes consideraciones:

«Según la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, la acción de tutela se concibió para dar una oportuna y eficiente respuesta a las demandas de los ciudadanos que consideren vulnerados y/o amenazados sus derechos fundamentales (sic), respecto de los cuales no

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de 27 de septiembre de 2012, Expediente 6538-2005, Magistrado ponente: ALFONSO VARGAS RINCÓN.

exista otro medio de defensa judicial, o los existentes sean inferiores en celeridad a la acción de tutela, casos en los cuales exista un perjuicio irremediable o la morosidad propia de la acción implique aún un mayor menoscabo de los derechos del accionante, al cabo de la cual la presente resulta improductiva, tardía o más onerosa en perjuicio del afectado.

Se infiere de lo anterior que la acción de tutela no es medio alternativo, ni mucho menos adicional o complementaria para alcanzar un fin propuesto.

(...)

Resulta obvio afirmar, que la acción de tutela ostenta dos características esenciales: la subsidiariedad y la inmediatez.

La acción promovida en el presente plantea un tema esencial. Determinar si el Instituto de Seguros Sociales vulneró el derecho a la seguridad social del señor (sic) LUZ STELLA ACOSTA PASTRANA, en conexidad con los derechos al debido proceso, al mínimo vital y a la vida digna, a la igualdad, mínimo vital, al derecho adquirido, y al reconocimiento correcto de la pensión, por cuanto al negar su pensión no observó a plenitud (edad, tiempo y monto), el régimen de transición que lo cobijaba y que lo hacía beneficiario del régimen especial de los funcionarios de la Contraloría General de la República, y por el contrario le aplicó de manera incorrecta algunas normas que le favorecían procedentes, dadas las condiciones de tiempo, edad y servicio que lo amparaban para el momento en que legalmente tuvo el derecho a acceder a su pensión.

La anterior conducta además de ser violatoria de sus derechos fundamentales evidenciaría un abierto desacato al principio de favorabilidad que en materia laboral le impone la Carta Política a los operadores jurídicos encargados de resolver dichas peticiones. De igual manera la Corte Constitucional ha sido tajante al reiterar que la Seguridad Social a partir de la expedición de la Constitución Política adquirió el carácter de fundamental, según lo expresado en los artículos 48 y 49 con la advertencia de que quien adquiere el status (sic) de pensionado ostenta un derecho adquirido al pleno reconocimiento de su jubilación.

(...)

Entonces cuando se desconoce un Régimen Especial de pensiones que debe cobijar a una persona que se encuentra en el régimen de transición, se incurre en vía de hecho y por ende en violación al debido proceso.

De lo anterior se deduce que el aspirante a pensionado tiene derecho a que se le resuelva su situación dentro del marco normativo correspondiente, con clara preferencia del derecho sustancial, el cual guarda una inescindible relación con el derecho a la subsistencia en condiciones dignas¹²».

¹² Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó, sentencia de 24 de junio de 2009, visible a

Como se puede evidenciar a partir de la sentencia transcrita, en el caso concreto, pese a que se hizo referencia al carácter subsidiario de la acción de tutela, una vez se entraron a analizar los hechos en que se fundamentó la acción se dejaron de lado las consideraciones previas, pues en la decisión se guardó silencio respecto de la existencia o no de otros mecanismos judiciales y de las razones que fueron tenidas en cuenta para conceder el derecho de manera directa. Se reitera que dicha competencia corresponde a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo dentro de un análisis de legalidad, salvo que se tome la decisión como un mecanismo transitorio, o para evitar un perjuicio irremediable, lo cual no se logra evidenciar a partir de la sentencia transcrita.

Llama poderosamente la atención de esta Sala el hecho de que se haya decidido adelantar el trámite de la tutela en el Municipio de Quibdó ante un Juez Laboral del Circuito, cuando la actora tenía su domicilio en la ciudad de Bogotá, pues así se afirma en la demanda y sin tener en consideración las reglas de competencia para el conocimiento de la acción de tutela que se encuentran en el Decreto 1382 de 2000¹³.

Aunado a lo expuesto, es necesario señalar que el objeto jurídico de la acción de tutela es la protección de derechos fundamentales eventualmente vulnerados por el actuar de la autoridad, mientras que el de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho lo constituye la legalidad de la actuación de la administración.

En atención a lo anterior y debido a que con su actuación el Juez Primero Laboral del Circuito del Chocó pudo haber incurrido en una falta disciplinaria, se ordenará remitir copias al Consejo Superior de la Judicatura, Seccional Chocó para que se investigue su conducta durante el trámite de la acción de tutela y se tomen las medidas que se consideren pertinentes.

Por otra parte, se sugiere de manera respetuosa a la entidad demandada que si lo considera pertinente inicie una acción de lesividad para que sea un juez de lo contencioso-administrativo el que determine si los actos administrativos con base en los cuales se concedió la pensión de jubilación se encuentran ajustados a la

folios 30 a 32 del cuaderno principal.

¹³ De conformidad con el artículo 1º Decreto 1382 de 2000.

legalidad.

Pese a lo anterior, debe tenerse en cuenta que el objeto del presente debate no consiste en determinar si le asistió razón al juez de tutela al ordenar que se concediera la pensión de jubilación de la actora y que no es posible agravar la situación del apelante único, motivo por el cual, aún ante la evidencia de los defectos en los que incurre la mencionada providencia de tutela, lo procedente en el caso concreto es denegar las pretensiones de la demanda, pues el artículo 164 del CCA permite al juez declarar de oficio cualquier excepción que encuentre probada dentro del proceso, motivo por el cual, si bien es cierto que no se podrían anular los actos conforme a los cuales se reconoció la pensión de la actora, puede llegarse a negar la solicitud de reliquidación como en efecto lo realizó el *a quo*, decisión que en esta instancia se confirma.

Es por ello que, contrario a lo afirmado por la agente del Ministerio Público, corresponde a esta Sala confirmar la sentencia de primera instancia, pues en el caso concreto se encontró probada una excepción de fondo, toda vez que, tal como se desprende de los problemas jurídicos desarrollados, la actora no podía ser beneficiaria del régimen de transición. En consecuencia, hay lugar a denegar las pretensiones de reliquidación de una pensión otorgada conforme a dicha normativa.

IV. DECISIÓN

Con fundamento en los anteriores razonamientos, se confirmará la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

V. FALLA

PRIMERO. CONFÍRMASE la sentencia del veintisiete (27) de junio de dos mil catorce (2014) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección

Segunda, Subsección F, en Descongestión, dentro del proceso promovido por LUZ STELLA ACOSTA PASTRANA contra la EL INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO. En firme esta decisión, envíese al Tribunal de origen.

TERCERO. REMÍTANSE copias de la presente actuación al Consejo Superior de la Judicatura, Seccional Chocó, para que se investigue la conducta del Juez Primero Laboral del Circuito de Quibdó, doctor FRANCISCO ANTONIO MENA CASTILLO, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO. Se reconoce personería al doctor ORLANDO NÚÑEZ BUITRAGO, con tarjeta profesional No. 249.971 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado de la parte demandada, en los términos y para los fines establecidos en la sustitución de poder que se encuentra a folio 214 del cuaderno principal.

QUINTO. Se reconoce personería al doctor DAVID FELIPE SIERRA RIVERA identificado con cédula de ciudadanía 1.018.419.743 de Bogotá y tarjeta profesional de abogado 223.020 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado de la parte demandada, en los términos y para los fines establecidos en la sustitución de poder que se encuentra a folio 229 del cuaderno principal.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Relatoría: JORM/Lmr.