



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**  
**Sala Segunda de Decisión Oral**

Sincelejo, diecinueve (19) de marzo de dos mil quince (2015)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

**RADICACIÓN:** 70-001-33-33-003-2013-00320-01  
**ACTOR:** ANDRÉS JOSÉ GAMBOA PATERNINA  
**DEMANDADA:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”  
**MEDIO DE CONTROL:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de fecha 11 de septiembre de 2014, adicionada en proveído del 7 de octubre de 2014, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se ordenó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**, reconocer, liquidar y pagar la pensión de jubilación del señor **ANDRÉS JOSÉ GAMBOA PATERNINA**, con el 75% del salario devengado durante el último año de servicio.

**1. ANTECEDENTES:**

**1.1 Pretensiones<sup>1</sup>:**

El señor **ANDRÉS JOSÉ GAMBOA PATERNINA**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**, con el objeto de que se declare la nulidad, de las Resoluciones No. 014512 de julio 14 de 2008, No. 0229940 de noviembre 20 de 2008, No. 2844 de noviembre 6 de 2009 y del acto ficto o presunto, por medio

---

<sup>1</sup> Ver folio 1-2 del cuaderno de primera instancia.

de las cuales, el Instituto de Seguro Social –hoy COLPENSIONES-, negó el reconocimiento y pago, a favor del actor, de una pensión de jubilación, en los términos que la Ley 33 de 1985.

En lo que hace al acto ficto, señala, que solicita su nulidad, en tanto, es producto del silencio administrativo negativo que se configuró, con ocasión a la solicitud formulada el día 16 de agosto de 2011.

Que como consecuencia de la declaración de nulidad, se ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES”, el reconocimiento de la pensión de jubilación, que contempla la Ley 33 de 1985, con la indexación de los emolumentos adeudados, hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de las mesadas pensionales, a partir del 23 de diciembre de 2007, así como el pago de los intereses moratorios, de conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Por último, solicita se condene en costas a la entidad demandada y se dé cumplimiento a la sentencia, conforme las indicaciones legales.

## 1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda<sup>2</sup>:

El señor ANDRÉS JOSÉ GAMBOA PATERNINA, nació el día 23 de diciembre de 1952, cumpliendo 55 años el mismo día y mes del año 2007.

El demandante señala, que prestó sus servicios a las entidades del sector público, cotizando de la siguiente manera:

EMPLEADOR	PERÍODO	SEMANAS	DÍAS	AFP
DASSALUD SUCRE	10/10/1975 24/11/1976	59	414	CAJANAL
ADPOSTAL EN LIQUIDACIÓN	31/12/1976 01/04/1978	64	452	CAJANAL
HOSPITAL REGIONAL DE SINCELEJO	20/05/1978 10/08/1980	114	801	CAJANAL
INSTITUTO NACIONAL DE SALUD	11/08/1980 30/09/1983	161	1130	CAJANAL
GOBERNACIÓN DE SUCRE	28/09/1983 23/08/1984	46	326	CAJANAL
ALCALDIA DE	24/09/1984	100	700	CAJA

<sup>2</sup> Ver folios 2-4.

SINCELEJO	03/09/1986			MUNICIPAL DE SINCELEJO
DASSALUD	07/10/1986 30/12/1995	474	3.324	CAJANAL
GOBERNACIÓN DE SUCRE	01/08/2001 30/11/2002	68	480	<b>ISS</b>

Acorde con lo anterior, manifestó el actor, que acreditó con el sistema de seguridad social en pensiones 7.627 días, esto es, un total de 21 años, 2 meses y 7 días, equivalentes a 1.086 semanas cotizadas.

Mencionó, que el último sueldo devengado con su empleador Gobernación de Sucre, fue de quinientos veinticuatro mil doscientos noventa y seis pesos (\$524.296.00).

Indicó que el día 11 de febrero de 2008, fecha para la cual tenía más de 55 años de edad y más de 20 años de servicio prestados, presentó ante el Instituto de Seguro Social, solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación, la cual fue negada a través de Resolución No. 014512 de julio 14 de 2008.

Contra el anterior acto, se interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, pero fue confirmado mediante Resoluciones No. 022940 de noviembre 20 de 2008 y No. 2844 de noviembre 6 de 2009, respectivamente, en razón a que el actor, en términos del ente demandado, no contaba con el suficiente tiempo cotizado, para acceder a la prestación económica.

Señaló el demandante, que el día 16 de agosto de 2011, insistió en su derecho pensional, reclamando nuevamente ante la entidad accionada, su prestación con fundamento en la Ley 33 de 1985, sin que hasta la fecha de presentación de la demanda, se hubiese resuelto su solicitud.

Refirió, que se encuentra cobijado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, porque al 1º de abril de 1994, cuando entra en vigencia la mencionada ley, tenía más de 40 años de edad y 927 semanas cotizadas, lo que se traducía en más de quince años de servicios laborados, por consiguiente, se le deben aplicar las normas anteriores, las cuales corresponden a la Ley 33 de 1985.

Finalmente, sostuvo el demandante, que el último cargo ostentado, fue el de conductor adscrito a la Secretaria Administrativa de la Gobernación de Sucre, quien fue nombrado a través del Decreto 0090 de febrero 8 de 2001 y posesionado en el cargo el día 9 del mismo mes y año.

Señaló, que de los supuestos fácticos de la demanda se prevé, una violación al artículo 53 de la Constitución Política, artículo 1º de la Ley 33 de 1985 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

### **1.3. Contestación de la demanda<sup>3</sup>.**

La Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES”, a través de apoderado judicial, contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones por carecer de asidero jurídico; en cuanto a los hechos, preceptuó, que unos eran ciertos, otros no le constaban y otros, eran solo apreciaciones del demandante, que no tenían fundamento fáctico, ni jurídico.

Como razones de defensa, señaló, que el demandante cotizó un total de 1135 semanas, de las cuales, los últimos aportes se hicieron a una entidad de previsión, diferente al ISS, razón por la cual, en virtud del artículo 10 del Decreto 2719 de 1994, la pensión de jubilación por aportes, la debía reconocer y pagar la última entidad de previsión, a la que se efectuaron los aportes, que en el presente caso corresponde a Cajanal.

Indicó, que no era de su competencia, entrar a reconocer dicha prestación económica al demandante, sino que lo era de la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales “UGPP”; por tanto, no hallaba motivo alguno, para que fuera condenada a pagar suma alguna de dinero.

Propuso, la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva y las excepciones de mérito denominadas: cobro de lo no debido, no ser beneficiario del régimen de transición y prescripción.

### **1.4.- Sentencia impugnada<sup>4</sup>.**

---

<sup>3</sup> Folios 94-97.

<sup>4</sup> Folios 265-275, cuaderno N° 2 de primera instancia.

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia proferida el 11 de septiembre de 2014, adicionada en proveído de octubre 7 de 2014<sup>5</sup>, declaró la nulidad de las resoluciones acusadas, mediante las cuales, se negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación del accionante.

A título de restablecimiento del derecho, condenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, para que reconociera, liquidara y pagara dicha pensión, al señor ANDRÉS JOSÉ GAMBOA PATERNINA, por un monto equivalente al 75% del salario promedio, devengado durante el último año de servicio, al cumplimiento de los requisitos para adquirir el derecho de la pensión.

Como fundamento de su decisión, el A-quo, luego de analizar las pruebas allegadas al expediente, consideró, que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993<sup>6</sup>, el actor contaba con más de 40 años de edad y con más de 15 años de servicios, por tanto, era beneficiario del régimen de transición, establecido en dicha normatividad.

Concluyó, que el señor Gamboa Paternina, no perdió el régimen de transición, por que nunca se trasladó a un fondo privado, razón por la cual, el accionante, si tiene derecho a que se le reconozca tal pensión por la entidad demandada, toda vez, que es esta última, a la cual aparece afiliado, encontrándose acreditado, que por Decreto 2196 de 2009, con el cual se ordenó la liquidación de CAJANAL, se trasladó a la demandante, al Instituto de Seguro Social (ISS) y por Decreto 2013 de 2012, se ordenó la supresión del Seguro Social, y como consecuencia, el Gobierno Nacional, acordó la entrada en operaciones de COLPENSIONES, como administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

#### **1.4.- El recurso<sup>7</sup>.**

Inconforme con la decisión de primer grado, la demandada, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, la impugnó, a fin de que sea revisada en esta instancia procesal.

---

<sup>5</sup> Folio 289-290

<sup>6</sup> 1º de abril de 1994 (sic).

<sup>7</sup> Folios 286 - 287, del cuaderno N° 2 primera instancia.

Manifestó, que el actor, no cumple con los requisitos para obtener la pensión de vejez, motivado en que, no es beneficiario del régimen de transición y el aplicable, no le permite acceder a dicha pensión; ya que el accionante, perdió su derecho de beneficiario del régimen de transición, cuando cambió y cotizó en la AFP COLFONDOS, que es una administradora perteneciente al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

De igual manera señaló, que el Instituto, evidenció la ausencia del reporte de cotizaciones para el Sistema General de Pensiones del ISS, con anterioridad al 1º de enero de 1995, motivo por el cual, hubo de aplicarle el régimen contemplado en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, asunto que implica, no poder aplicarle el régimen de transición, que alega la actora.

Concluyó, que el actor cuenta con la edad, pero no con el número de semanas cotizadas al sistema, por lo que deberá cotizarlas y una vez hecho esto, elevar la correspondiente petición, acreditando todos y cada uno de los requisitos exigidos por la ley.

#### **1.5.- Trámite procesal en segunda instancia.**

- Mediante auto de enero 15 de 2015, se admitió el recurso de apelación, interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia de fecha 11 de septiembre de 2014, adicionada en proveído de octubre 7 de 2014<sup>8</sup>.
- En auto de febrero 2 de 2015, se ordenó el traslado de alegatos<sup>9</sup>, con pronunciamiento extemporáneo del demandante (19 de febrero de 2014), pues, el término venció para las partes el día 17 del mismo mes y año<sup>10</sup>.
- El Ministerio Público, no rindió concepto alguno.

## **2.- CONSIDERACIONES**

---

<sup>8</sup> Folio 3, cuaderno de segunda instancia.

<sup>9</sup> Folio 12, cuaderno de segunda instancia.

<sup>10</sup> Cfr. Constancia secretarial folio 18, cuaderno de segunda instancia.

## 2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente, para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

## 2.2. Problema Jurídico.

De los extremos de la litis, la controversia jurídica en este proceso consiste en determinar: ¿El señor ANDRÉS JOSÉ GAMBOA PATERNINA, tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, conforme al régimen de transición, dispuesto por el Art. 36 de la ley 100 de 1993?

Donde es pertinente aclarar, que el problema jurídico considerado<sup>11</sup>, surge de los motivos de inconformidad expuestos por la entidad recurrente, siendo coherentes con el principio de la *no reformatio in pejus* y en tratándose de apelante único<sup>12</sup>, amén de lo señalado en el art. 328 del C. G. del P.

## 2.3.- Análisis de la Sala.

---

<sup>11</sup> Destaca este Tribunal, que pese al no pronunciamiento del juez de instancia sobre la excepción de caducidad, propuesta por la entidad demandada, al momento de contestarse la demanda, la misma, no será objeto de análisis, toda vez que la parte accionada, no emite contradicción alguna contra tal eventualidad -NI CONSTITUYE CARGO DEL RECURSO INTERPUESTO-, a más que en estos casos, la ley indica, que los actos administrativos que reconocen prestaciones periódicas, podrán ser demandados en cualquier oportunidad -Art 164 literal c de la ley 1437 de 2011.

<sup>12</sup> Sobre los límites del recurso de apelación. Ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 20 de mayo de 2010. Expediente con radicación interna 3712-04. C. P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Donde se indicó: *“Según lo establecido en el artículo 357 del C.P.C., aplicable por expresa remisión del artículo 267 del C.C.A., el recurso de apelación se entiende interpuesto en lo desfavorable al apelante, por lo cual el superior, en principio, no puede pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto del mismo. Al respecto, esta Corporación en sentencia de 5 de julio de 2007 expresó: “Ahora, entrando al fondo del asunto, debe recordarse que esta Sección ha reiterado que en el recurso de apelación, cuya sustentación es obligatoria, so pena de declararse desierto, la competencia de la Corporación está restringida a los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente contra la providencia objeto del recurso y que se relacionen, desde luego, con las causales de nulidad planteadas en la demanda, o con las consideraciones que sirvieron de sustento al Tribunal para dictar la sentencia. En consecuencia, la Sala estudiará los puntos sobre los cuales alegó la parte apelante en la sustentación del recurso, según se vio anteriormente.”. Ahora bien, los motivos de inconformidad planteados mediante el recurso de apelación deben guardar correspondencia con el fallo recurrido, esto es, con las consideraciones expuestas por el juez de primera instancia que determinaron una decisión total o parcialmente adversa a los intereses de quien apela. La sentencia proferida por el juez de lo contencioso administrativo, a su turno, debe ser motivada y resolver todos los puntos objeto de controversia formulados por las partes demandante y demandada dentro de la oportunidad procesal respectiva. En este sentido, a la luz de lo establecido en el artículo 170 del C.C.A., debe concluirse que la sentencia proferida por el juez de lo contencioso administrativo no puede ser infra, extra o ultra petita, sino, en virtud de la naturaleza predominantemente rogada de la jurisdicción, sujetarse a todos y cada uno de los aspectos sometidos a su decisión”.*

El legislador colombiano, bajo el apremio de la regulación del régimen pensional, expidió la Ley 100 de 1993, *“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dicta otras disposiciones”*, previendo, que debido a las problemáticas temporales, que se suscitarían con la vigencia normativa, era menester consagrar un régimen de transición, consecuente con las garantías y derechos, de aquellas personas próximas a adquirir la prestación social, en comento.

Al efecto, el artículo 36 de la norma referenciada, estipuló lo siguiente:

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

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

Como se observa, dicho artículo, permite el efecto en el tiempo, de normas anteriores a la entrada en vigencia de la nueva normatividad, en aras de hacer efectivo el respeto a derechos consolidados (Corte Constitucional. Sentencia T-168 de 2009 M. P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto), con la aclaración, que para el sector público del orden territorial, el Sistema General de Pensiones, **entró en vigencia el 30 de junio de 1995.**

En cuanto a los regímenes de transición, la Honorable Corte Constitucional, indicó<sup>13</sup>:

*“El régimen laboral de transición consiste en el cumplimiento de condicionamientos que se establecen en una nueva ley, que modifica situaciones pre existentes, con el fin de proteger derechos adquiridos o en vía de adquisición, que de no haber sido promulgada la nueva ley, se verían beneficiados por la normatividad anterior, que resulta más favorable.*

---

<sup>13</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 105 de 2012. M. P. Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

Respecto al régimen de transición en materia pensional concretamente, la Corte señaló en sentencia T-235 de 2002:

*“La sustitución de una norma por otra exige la necesidad de un régimen de transición. La existencia de normas transitorias es indispensable en la legislación sobre seguridad social en pensiones porque hay derechos en vía de adquisición.*

*Se trata de un derecho ex - lege porque nace de una norma que expresamente lo establece y que señala criterios razonables para gozar de la excepcionalidad.*

***Una vez entre en vigencia la norma que establece el régimen transitorio, las personas que reúnen los requisitos para adquirirlo consolidan una situación jurídica concreta que no puede ser menoscabada. Es además un auténtico derecho subjetivo que le da a su titular el derecho a que se le reconozca la prestación en las condiciones establecidas en la normatividad anterior y a acudir ante la jurisdicción en caso de incumplimiento.”***

*En materia de pensiones este régimen se encuentra reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual determina que se aplicará a las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones tuvieran 35 o más años de edad si son mujeres; 40 o más años de edad si son hombres; o 15 o más años de servicios cotizados, utilizándose para estos efectos el régimen anterior en cuanto a requisitos de edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y monto de la pensión” (Resaltado fuera de texto).*

Ahora bien, en lo que respecta a la norma de transición, para el caso de empleados públicos, concretamente para el caso en estudio -con la advertencia de ciertas excepciones-, la disposición aplicable, es la Ley 33 de 1985, que exige, para acceder la pensión de vejez, 55 años de edad y 20 años de servicios, estableciendo un monto pensional equivalente al 75%, del ingreso base de liquidación.

El Honorable Consejo de Estado, refiriéndose al régimen de transición para los empleados públicos, ha señalado:

*“Así pues, es inocultable que el Legislador encuentra un contexto objetivo en el instante de configurar el régimen de seguridad social, que determina la imposibilidad material para introducir cambios que no sean racionales y proporcionados; en esa dimensión, las Leyes que se ocupan de las pensiones y de la seguridad social, pierden capacidad reguladora si desconocen la protección que el mismo ordenamiento ha otorgado a quienes al momento de entrar en vigencia la nueva norma cumplían los requisitos para acceder a dicho régimen, pues sin duda, la transición es fruto del derecho de quienes estatuyeron una situación jurídica de acuerdo a los parámetros de la Ley vigente pero que no*

*obstante por diversas razones (consolidación parcial del estatus, derecho a permanencia en el empleo, pensión de invalidez transitoria, entre otros), no alcanzan al disfrute efectivo del derecho pensional que imponga el retiro de la actividad laboral dentro del marco jurídico estipulado para la jubilación.*

*Es claro que en esta hipótesis resulta impropio hablar de expectativas, pues la transición es el efecto de la existencia de un derecho cuya oponibilidad encuentra su origen en supuestos de orden normativo y material, y desde luego en la previsión jurídica estipulada por el propio ordenamiento, tanto así que el Acto Legislativo 01 de 2005 estableció que el régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993 y demás normas que lo desarrollan, no podría extenderse más allá del 31 de diciembre de 2010, para mostrar con claridad que incluyendo a las propias reformas constitucionales, el constituyente en su capacidad de reforma ha de preservar situaciones consolidadas.*

*No cabe ninguna duda para sostener entonces, que todas aquellas personas con vocación de ser cobijadas por los sistemas de transición en seguridad social por encontrarse dentro de los supuestos establecidos para tal efecto, pese a no disfrutar del derecho pleno de pensión, poseen derechos ciertos a que el decreto de su derecho pensional y el tratamiento de los demás elementos que se desligan de éste, respeten la oponibilidad de una situación jurídica consolidada.*

*Ahora, el principio de conservación de la norma más favorable y la condición más beneficiosa en el ámbito laboral, que hace parte de los principios fundamentales del derecho del trabajo (art. 53 C.P.), establece que una nueva norma de carácter laboral o pensional no puede disminuir las condiciones favorables existentes y concretadas al abrigo de un ordenamiento anterior, las que, en la medida en que benefician al trabajador, deben ser reconocidas y respetadas por las Leyes posteriores. Así, aquellas personas que cumplen las condiciones para eventualmente beneficiarse de un régimen de transición pueden confiar legítimamente en que dicho régimen sea conservado para regular los diversos aspectos de su situación particular, incluso si todavía no han cumplido las condiciones para acceder a la pensión misma, pues si en general es problemática constitucionalmente cualquier modificación regresiva de las regulaciones pensionales por virtud del principio de progresividad, con mayor razón son cuestionables constitucionalmente las modificaciones abruptas a un status legalmente reconocido, en desmedro de las razones sustanciales que justifican la configuración de un régimen de transición.”<sup>14</sup>*

A su vez, en sentencia del 8 de marzo de 2012<sup>15</sup>, se manifestó:

**“De acuerdo con las anteriores preceptivas las personas que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones tuvieran 15 años de servicio cotizados, o 35 años de edad si es mujer o 40**

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda. Sentencia del 4 de Agosto de 2010. Expediente 2533-07. C.P Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

<sup>15</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda. Expediente 1505-11. C.P Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

**años de edad si es hombre tendrán derecho a que se les reconozca la pensión teniendo en cuenta la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión establecidos en el régimen anterior al que se encontraban afiliados.**

La Ley 33 de 1985 reguló el régimen prestacional de todos los empleados oficiales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Por mandato del artículo 1 no sólo se equiparó la edad de la mujer con la del varón para efectos de jubilación en 55 años sino que se estableció la regla general para la pensión de los empleados oficiales de todos los niveles y se determinaron unas excepciones.

(...)

Como el demandante al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, 1 de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad, ya que nació el 3 de enero 1950 (fl.14), es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 que le permitía pensionarse con el régimen anterior establecido en la Ley 33 de 1985.

Se encuentra demostrado que al actor le fue reconocida la prestación conforme a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 y por tanto su liquidación debe hacerse de acuerdo con lo dispuesto en dicha normatividad.

El artículo 1 de la ley 33 de 1985 establece que el empleado oficial que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”

Resaltando el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que dada la complejidad del tema, es necesario hacer ciertas consideraciones, con relación a los efectos del régimen de transición, manifestando al respecto:

*“En un primer análisis, el contenido de los derechos del régimen de transición apuntan a preservar, conforme a la situación jurídica consolidada por el titular, el derecho de jubilación en cualquiera de los 3 extremos integrantes de la estructura del mismo: tiempo de cotización, edad y quantum o valor de la pensión. No obstante esta premisa básica, la verdad es que los tres elementos advertidos, en sí mismos describen cada uno una abundante complejidad, por lo que se hace necesario para los efectos de esta sentencia discriminar el ámbito que cobija cada uno de los mismos:*

*En cuanto al fenómeno del término y forma de cotización, las variables principales que comprometen el contenido del régimen de transición suponen, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional en sentencia T-818 de 2007, la vigencia del régimen de transición sin importar que los aportes se hagan a distintos sistemas de cotización y en igual sentido la sentencia C-789 de 2002 que predica la invulnerabilidad del régimen de transición incluso frente a la propia voluntad del beneficiario*

o del titular cuando opta por variar los sistemas de cotización establecidos por las normas de seguridad social (prima media y ahorro individual).

Ahora, el tiempo de servicio y la edad para alcanzar el status pensional pleno, es parte singular de lo previsto en el artículo 36 inciso 2° de la Ley 100 de 1993; ya lo era en la Ley 33 de 1985 que en el parágrafo 2° de su artículo 1° excluyó de su contenido regulador en materia pensional, a quienes a la fecha de expedición de la misma habían cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicios, y a su vez, la Ley 797 de 2003 que estableció un sistema de transición por éste factor que luego fuera declarado inexecutable. La jurisprudencia ha reconocido régimen de transición en razón de la edad con aplicación de la Ley 6° de 1945 en función de las situaciones jurídicas consolidadas a la luz del Decreto 3135 de 1968, cuyos preceptos fueron afectados por su derogatoria en virtud de la Ley 33 de 1985, y además en atención a que el Decreto 3135 tenía aplicabilidad a empleados del orden nacional y no territorial.

En lo concerniente al monto de la pensión, los elementos que describen la integración del régimen de transición son quizá más amplios que los atrás analizados pues dada la cantidad de sistemas excepcionales de pensión de jubilación, las situaciones jurídicas consolidadas dentro del tránsito legislativo resultan de difícil sistematización, aun así, habrá que precisar que hacen parte del régimen de transición la totalidad de elementos con capacidad de determinar o influir el valor de la pensión y que dentro del ámbito del régimen de transición hayan tenido vocación jurídica para estructurar y consolidar en cada caso una determinada situación.

(...) En estas condiciones el componente económico del derecho de transición, convoca en su estructura a otras normas que ciertamente poseen relación directa con los elementos integradores del mismo, sin que el fallador pueda alegar una situación de derogatoria de la Ley como pretexto para desconocer los alcances de un régimen de transición configurado y habilitado por el propio Legislador. Aquí sin duda milita una situación de confianza legítima que el orden jurídico no puede desconocer<sup>16</sup>.

Las breves, pero importantes citas jurisprudenciales, permiten señalar, que los elementos pensionales, aplicables por vía transicional, son **el tiempo de servicio, la edad y el monto de la pensión**.

Aterrizando al **caso concreto** se tiene, que la controversia jurídica, se centra en el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación del señor ANDRÉS JOSÉ GAMBOA PATERNINA, conforme los parámetros de la Ley 33 de 1985.

---

<sup>16</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 4 de Agosto de 2010. Expediente 2533-07. C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Según la inconformidad de la parte recurrente, el demandante, no puede ser beneficiario del régimen de transición, consignado por el Art. 36 de la ley 100 de 1993, pues, aquel, perdió su derecho, cuando cambio de régimen y cotizó en la AFP COLFONDOS, una administradora de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

Frente a ello, considera la Sala, que de las pruebas allegadas al proceso, no se infiere que el actor, haya efectuado traslado alguno a la AFP COLFONDOS, ni tampoco obra certificado de esta entidad, que corrobore el dicho de la recurrente; lo que si se advierte, es que la última afiliación del señor ANDRÉS JOSÉ GAMBOA PATERNINA, al sistema de pensiones, fue en COLPENSIONES, tal como se aprecia en los documentos visibles a folios 227 y 236 del expediente.

Valga recordar, en este punto, que la Honorable Corte Constitucional ha señalado, que los afiliados que cumplan con los supuestos a que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no pierden los beneficios del régimen de transición, por el hecho de trasladarse al régimen de ahorro individual y en consecuencia, pueden regresar al régimen de prima media, para hacer efectivo tal beneficio, “*en cualquier tiempo*”<sup>17</sup>.

Así mismo, el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, en sentencia de 7 de marzo de 2013<sup>18</sup>, refiriéndose al tema dijo lo siguiente:

*“Para arribar a tal conclusión la Corte coligió que el derecho al régimen de transición era un derecho adquirido de quienes cumplían uno de los dos supuestos a que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que en tal virtud era irrenunciable, lo cual, en consecuencia, implicaba la facultad de trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, para hacer efectivo dicho derecho.*

*Posteriormente, en sentencia T-320 de mayo 6 de 2010, tal Corporación estudió a fondo la posibilidad de traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida, reiterando lo expuesto en la providencia T-818 de 2007, en el sentido en que las personas que a 1º de abril de 1994 cumplían la edad (40 años hombres y 35 mujeres), pero no los 15 años de servicios*

---

<sup>17</sup> Cfr. Sentencia T – 892 de 2013.

<sup>18</sup> Radicación número: 25000-23-25-000-2010-01214-01(1913-12), Actor: Luis Hernando Guzmán Calderón, Demandado: Instituto De Seguros Sociales – ISS. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

cotizados, no perdían el beneficio de la transición, por tratarse de un derecho per se y de una garantía legal y legítima<sup>19</sup>.

Luego en la sentencia T- 232 de 2011, se indicó lo siguiente:

**“7.6. Con relación a la posibilidad de traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida, la Sala Sexta de Revisión encuentra necesario reiterar la línea jurisprudencial de tutela de esta corporación, al tratar el tema de la no pérdida del beneficio de la transición para el traslado de personas que a 1° de abril de 1994 cumplían la edad (40 años hombres y 35 mujeres), pero no los 15 años de servicios cotizados, mientras otras providencias solo han abordado el tema como obiter dicta<sup>20</sup>.**

*En este sentido, no se encuentra razón suficiente para que a personas que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 hayan cumplido con la edad y no con el tiempo de cotización, se les niegue la posibilidad de trasladarse de régimen sin perder el beneficio de la transición, en la medida en que el traslado deberá realizarse con todos los aportes y rendimientos, conforme a la sentencia C-789 de 2002 y al artículo 7° del Decreto 3995 de 2008<sup>21</sup>...”*

---

<sup>19</sup> En esa ocasión, se estudió concretamente si Citi Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías vulneró los derechos a la seguridad social, a la libre escogencia de régimen pensional y a la igualdad del actor, al negarle su traslado al régimen de prima media con prestación definida, administrado por el ISS, por no cumplir con el requisito de tener, a 1° de abril de 1994, 15 años de servicios cotizados. En esa ocasión, se declaró procedente dicho traslado sin perder el beneficio de la transición.

<sup>20</sup> Cfr. C-836 de agosto 9 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil: “Si la parte de las sentencias que tiene fuerza normativa son los principios y reglas jurídicas, ello significa que no todo el texto de su motivación resulta obligatorio. Para determinar qué parte de la motivación de las sentencias tiene fuerza normativa resulta útil la distinción conceptual que ha hecho en diversas oportunidades esta Corporación entre los llamados obiter dicta o afirmaciones dichas de paso, y los ratione decidendi o fundamentos jurídicos suficientes, que son inescindibles de la decisión sobre un determinado punto de derecho.<sup>20</sup> Sólo estos últimos resultan obligatorios, mientras los obiter dicta, o aquellas afirmaciones que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisión, constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial en los términos del inciso 2° del artículo 230 de la Constitución.”

<sup>21</sup> Art. 7° D. 3995 de 2008: “El traslado de recursos pensionales entre regímenes, incluyendo los contemplados en este Decreto, así como de la historia laboral en estos casos, deberá realizarse en los términos señalados a continuación y en el artículo siguiente:

*Cuando se trate de una administradora del RAIS, deberá trasladar el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador, destinados a la respectiva cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, multiplicado por el valor de la unidad vigente para las operaciones del día en que se efectúe el traslado.*

*Para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS.*

*Tratándose del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, la devolución se efectuará por el valor equivalente a las cotizaciones para financiar la pensión de vejez, que se hubieren efectuado actualizadas con la rentabilidad acumulada durante el respectivo período de las reservas para pensión de vejez del ISS, o en su defecto la informada por la Superintendencia Financiera para los períodos respectivos.*

*Parágrafo. Con ocasión de la definición de la múltiple vinculación de sus afiliados y la determinación de las sumas a trasladar, las entidades administradoras del Sistema General de Pensiones quedan facultadas para compensar, total o parcialmente, los saldos respectivos.*

*Lo anterior sin perjuicio de la facultad que tiene la Superintendencia Financiera de precisar otros aspectos referentes a la materia.”*

A más de lo anterior, ésta Subsección, con idéntico ponente de quien se ocupa de ésta providencia, en sentencia de 25 de noviembre de 2010, dentro del proceso radicado con el No. 25000232500020070075401 (0489-09), en un caso similar consideró que el derecho a pensionarse bajo los parámetros establecidos en el sistema anterior a aquel establecido en la Ley 100 de 1993, es una expectativa legítima para los que cumplieron por lo menos uno de los requisitos para formar parte de dicho régimen y acarrea como consecuencia el derecho a trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, en cualquier momento para hacer efectivo dicho derecho, **con la única condición de que al cambiarse se traslade todo el ahorro que había efectuado.** Precisó la Corporación:

“Que de conformidad con lo anterior, es evidente que mal podía considerar el Instituto de Seguros Sociales que el actor debía cumplir con los requisitos señalados en el Decreto 3800 de 2003, cuando, se repite, tal norma se encuentra suspendida y por tanto por fuera del ordenamiento legal.

Que según la cédula de ciudadanía obrante a folio 84 del expediente, **el actor, señor Andrés Avelino Gómez Ramírez, nació el 5 de febrero de 1942, por lo tanto es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues para el día 1º de abril de 1994, fecha en que entro a regir el sistema de seguridad social allí establecido, contaba con una edad que excedía los 40 años, lo que le permite conservar los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a las disposiciones normativas anteriores.**

De conformidad con certificado obrante a folio 177 del expediente, proferido por la Directora de Gestión de Talento Humano de la Contraloría General de la República, como bien lo señaló el a quo, el peticionario prestó sus servicios por más de diez años a la Contraloría General de la República, dentro del lapso comprendido entre el 10 de junio de 1993 y el 28 de noviembre de 2003.

Que teniendo en cuenta la certificación expedida por la Gerencia de Talento Humano de la Contraloría General de la República (ver folio 209), **dicha Corporación hizo cotizaciones para pensiones en nombre del actor, luego de estar en el Régimen de Prima Media del Seguro Social, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (Porvenir) del 1º de agosto de 1998 hasta el 31 de enero de 2002, fecha a partir de la cual el actor decidió trasladarse nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, es decir, antes de que entrara en vigencia el artículo 3º del Decreto 3800 de fecha 29 de diciembre de 2003, que en su artículo 6º dispuso expresamente: “El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación”.** Y la publicación de dicho Decreto se efectuó en el Diario Oficial No. 45416 de fecha 30 de diciembre de 2003.

Que aunado a lo anterior, en el presente caso el traslado de régimen del actor, del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, se llevó acabo en enero de 2002, es decir, antes de que entrara en vigencia el Decreto 3800 de 2003, razón por la cual **no podía el**

***Instituto de Seguros Sociales pretender que se aplicaran los requisitos allí consagrados al caso concreto, cuando el mencionado Decreto, se repite, además de encontrarse suspendido, no podía aplicarse de manera retroactiva, pues esto reñiría con los principios rectores del derecho...". Se resalta.***

*Ahora bien, de acuerdo con todo lo visto, es apenas natural que ésta Sala reitere su línea argumentativa sobre la no pérdida del beneficio de la transición para las personas que a 1° de abril de 1994 cumplían la edad (40 años hombres y 35 mujeres), pero no los 15 años de servicios cotizados, cuando ocurre el traslado del régimen de prima media con prestación definida y luego el cambio al de ahorro individual con solidaridad, para posteriormente regresar al de prima media con prestación definida".*

Ahora bien, en lo que respecta en el presente asunto, el actor tiene pleno derecho a los beneficios irrogados por la Ley 33 de 1985, al cumplir con los requisitos de legales para ser cobijado por el régimen de transición, esto es, que a 30 de junio de 1995, en tratándose de empleado territorial, tuviere más de 35 años de edad - tenía más de 43 años<sup>22</sup>- y hubiere cotizado al sistema por 15 años, requisito que igualmente reúne el accionante<sup>23</sup>.

Debe anotarse, que aun considerándose la posibilidad de que el accionante, fuere para el momento de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, empleado de orden nacional, dada su vinculación para aquella época con DASSALUD y por virtud del art. 17 de la ley 10 de 1990, los requisitos en mención, aun se cumplen.

Otro de los reparos elevados en el recurso, consiste, en que si bien el demandante, cumple con la edad, no sucede lo mismo con el período de cotización, toda vez que no existe un reporte del mismo, con anterioridad al 1° de enero de 1995, no obstante, considera este Tribunal, que en el expediente, se encuentra acreditado el requisito en mención, a más que la jurisprudencia constitucional, ha señalado, que los requisitos, no deben sujetarse paralelamente, sino que atendiendo a la disyuntiva de la norma –o-, con la demostración de cualesquiera de ellos, se es beneficiario del régimen, tantas veces citado. Al respecto en sentencia SU-130 de 2013<sup>24</sup>, se preceptuó:

*“Para tal efecto, el legislador precisó que el régimen de transición va dirigido a tres categorías de trabajadores, a saber:*

---

<sup>22</sup> Nació el 23 de diciembre de 1952 (folio 21 del cuaderno 1 instancia)

<sup>23</sup> Ver folios 227 y 236 de cuaderno 2 de 1 instancia.

<sup>24</sup> Corte Constitucional. M. P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

§ *Mujeres con treinta y cinco (35) o más años de edad, a 1° de abril de 1994.*

§ *Hombres con cuarenta (40) o más años de edad, a 1° de abril de 1994.*

§ *Hombres y mujeres que, independientemente de la edad, acrediten quince (15) años o más de servicios cotizados, a 1° de abril de 1994.*

*Conforme con lo anterior, para ser beneficiario o sujeto del régimen de transición pensional y así quedar exento de la aplicación de la Ley 100/93 en lo referente a la edad, el tiempo y el monto de la pensión de vejez, no se requiere cumplir paralelamente el requisito de edad y el de tiempo de servicios cotizados, sino tan solo uno de ellos, pues la redacción disyuntiva de la norma así lo sugiere.”*

Es más, fuera de lo señalado, las decisiones en sede gubernativa<sup>25</sup>, jamás trajeron a colación tal circunstancialidad, siendo aseverada la misma, solo en el medio de alzada, cuando en los actos administrativos acusados, no existe inconformismo sobre el período de cotización, sino sobre su forma -ya sea en régimen de prestación definida o ahorro individual/Rentabilidad-problemática que ya fue zanjada en reglones precedentes, donde se indicó, la ausencia de traslado a alguno de los regímenes pensionales, advertidos por la demandada.

Así las cosas, existen razones más que suficientes, para confirmar la decisión de primera instancia, toda vez, que el señor ANDRÉS JOSÉ GAMBOA PATERNINA, cumple con los requisitos exigidos para ser beneficiario del régimen de transición, dispuesto por el Art. 36 de la ley 100 de 1993, de allí que su pensión de jubilación, debe ser reconocida según los parámetros de la ley 33 de 1985.

### **De la prescripción**

Si bien es cierto, el tema de la prescripción de las mesadas, no es objeto del recurso de apelación, conforme lo señalado en el inciso segundo del art. 187 del CPACA, el fallador, puede pronunciarse sobre las excepciones que se hallaren probadas, de ahí que la Sala, de oficio, se incline a tratar y decidir, sobre el tema referenciado.

---

<sup>25</sup> Esto es, porque los actos administrativos acusados, se profieren en vigencia del Decreto 01 de 1984.

La prescripción, es entendida, como aquel modo de extinguir las obligaciones y en materia laboral, opera, por regla general, al cabo de los tres (3) años siguientes, a la fecha en que se hace exigible el correspondiente derecho y se interrumpe, desde cuando el interesado exige su reconocimiento y pago ante la administración (Art. 102 del Decreto 1848/69, art. 41 Decreto 3135 de 1968), aclarándose, que la interrupción opera por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo, a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente (Art. 488-489 del C.S.T y Art. 151 del C.P.T. y de la SS).

Así entonces, la prescripción opera por ministerio de la ley, estableciendo la forma en la que esta se interrumpe, por lo cual, en asuntos como el aquí estudiado, tal interrupción, se da a partir del momento en que surge el derecho, esto es, cuando el demandante superó la edad de 55 años de edad (23 de diciembre de 2007) y más de veinte (20) años de servicios, lo que ocurrió, antes de haberse elevado la primera petición de reconocimiento pensional (11 de febrero de 2008, dándose crédito a la resolución No. 014512 del 14 de julio de 2008 (folio 98)) y de acuerdo a lo señalado, en los diferentes certificados que acreditan el tiempo de servicio prestado.

Siendo así, tal petición de reconocimiento pensional, constituye, para efectos de la prescripción, la primera petición formulada, por ende, la que interrumpió su término, por una sola vez, de ahí que no habiéndose presentado la demanda, dentro de los tres años siguientes al 11 de febrero de 2008, la prescripción solo se vuelve a interrumpir, con la presentación de la demanda, lo cual ocurrió el 18 de octubre de 2013 (folio 19). De donde, las mesadas causadas con anterioridad al 18 de octubre de 2010, se hallan prescritas y así se declarará, adicionando el fallo apelado y en contraposición de lo afirmado en la parte motiva del mismo<sup>26</sup>.

### **3.- Condena en costas - Segunda instancia.**

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1° 2° y 3° del artículo 365 del Código General del Proceso, condénese en costas a la parte demandada y liquídense, de manera concentrada, por el juez *a quo*, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada,

---

<sup>26</sup> La parte resolutive del fallo, no dijo nada al respecto.

disponiendo así mismo, lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

**PRIMERO: ADICIONAR** la parte resolutive de la sentencia de fecha 11 de septiembre de 2014, adicionada en proveído del 7 de octubre de 2014, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en el siguiente sentido:

*“DECLARAR PROBADA, de oficio, la excepción de prescripción de las mesadas pensionales a partir del 18 de octubre de 2010 y hacia atrás, conforme lo anotado”.*

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo restante, la sentencia del 11 de septiembre de 2014, adicionada en proveído del 7 de octubre de 2014, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto y entendido en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte demandada. En firme la presente providencia, por el *A quo*, de manera concentrada, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 C.G.P.

**CUARTO:** Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

Estudiado y aprobado en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 0035/2015

Los magistrados,

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

**LUIS CARLOS ALZATE RÍOS  
PÉREZ**

**MOISÉS**

**RODRÍGUEZ**