



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO-SUCRE

Sincelejo, veinticuatro (24) de enero de dos mil diecinueve (2019)

Radicado N°: 70001-33-33-001-2018-00215-00

Demandante: Idilio Roberto Pérez Martínez

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones”

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Auto: Niega medida cautelar

1- Asunto a resolver:

Procede el despacho a resolver la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional del acto administrativo contenido en la resolución Resolución No DIR 9708 del 4 de julio de 2017 solicitada por el actor, por medio de la cual se ordenó el retiro de nómina de pensionados de COLPENSIONES.

2. Antecedentes:

El señor **Idilio Roberto Pérez Martínez**, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, presentó demanda en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones”**, a través de la cual se solicita se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones N° 1130 del 8 de febrero de 2011, SUB 15322 del 21 de marzo de 2017, SUB 77415 del 26 de mayo de 2017, DIR 9708 del 4 de julio de 2017, SUB 64475 del 7 de marzo de 2018, SUB 101088 del 16 de abril de 2018 y DIR 8029 del 26 de abril de 2018.

Con escrito aparte de la demanda, y atendiendo lo preceptuado en los artículos 229, 231 y 233 de la Ley 1437 de 2011, la parte demandante solicita que se decrete como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos de la Resolución DIR 9708 del 4 de julio de 2017¹, por medio de la cual se ordenó el retiro de nómina de pensionados la prestación económica del actor.

¹ Folios 82-83

3. Tramite

La solicitud de medida cautelar fue presentada el día seis (6) de noviembre de 2018², de la cual, mediante auto del diecinueve (19) de noviembre de 2018 se ordenó correr traslado a la entidad demandada por el término de cinco (5) días³, providencia que, previo pago de los gastos procesales⁴, se notificó a la entidad demandada el día veintiocho (28) de noviembre de 2018⁵, sin que obre contestación o pronunciamiento por parte de la entidad demandada.

4. Problema jurídico:

En este trámite cautelar, el problema jurídico a resolver es si en el caso concreto: *¿se cumplen los requisitos exigidos por nuestro ordenamiento jurídico para decretar la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de la Resolución No - DIR 9708 del 4 de julio de 2017, por medio de la cual se ordenó retirar al actor de la nómina de pensionados de COLPENSIONES?*

5- Tesis del despacho:

Este despacho es de la tesis que en este asunto no se cumplen con los requisitos exigidos por nuestro ordenamiento jurídico para decretar la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de la Resolución No - DIR 9708 del 4 de julio de 2017, por medio de la cual se ordenó retirar al actor de la nómina de pensionados de COLPENSIONES; por lo que, tal petición será negada.

Para sustentar esta tesis, este despacho argumentará sus posición con arreglo al siguiente hilo conductor: (I) alcance y contenido de la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos en el ordenamiento jurídico colombiano; (II) Cumplimiento de los requisitos del régimen de transición de la ley 100 de 1993, como condición necesaria para ser beneficiario de la pensión especial de retiro por vejez; (III) La afiliación al sistema pensional al momento de entrar a regir la ley 100 de 1993 como condición necesaria para ser beneficiario del régimen de transición y, (IV) Análisis del caso concreto.

²² Folios 194-

³ Folio 217

⁴ Folios 220 - 221

⁵ Folio 224

6- Consideraciones

6.1. El alcance y contenido de la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos en el ordenamiento jurídico colombiano:

La suspensión provisional es una de las medidas cautelares previstas en nuestra Constitución Política. En efecto, el artículo 238 de la norma superior establece:

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”.

Así mismo, de conformidad con el numeral 3 del artículo 230 del C.P.A.C.A, el Juez podrá decretar medidas de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo. El artículo 231 de esa misma normativa, estableció los siguientes requisitos para decretar las medidas cautelares y en particular lo que tiene que ver con la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, así:

“Art. 231.- Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos, procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente, la existencia de los mismos...”

Respecto a la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos, el Honorable Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos:

“Ahora bien, no obstante que la nueva regulación como ya se dijo permite que el juez previo a pronunciarse sobre la suspensión provisional lleve a cabo análisis de la sustentación de la medida y estudie pruebas, ocurre que ante el perentorio señalamiento del 2º inciso del artículo 229 del CPACA (Capítulo XI Medidas Cautelares- procedencia), conforme al cual: "La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento", es preciso entonces que el juez sea muy cauteloso y guarde moderación a fin que el decreto de esta medida cautelar no signifique tomar partido

definitivo en el juzgamiento del acto ni prive a la autoridad pública que lo produjo o al demandado (en el caso el elegido o el nombrado cuya designación se acusa), de que ejerzan su derecho de defensa y que para la decisión final se consideren sus argumentos y valoren sus medios de prueba”.⁶

Tenemos entonces que con la ley 1437 de 2011, se le otorgó al juez la facultad y el deber de hacer los estudios necesarios del caso para llegar a la conclusión de acceder a la suspensión provisional del acto, esto es, que el juez debe hacer la valoración racional y razonable, que le permita llegar a la deducción de la contradicción de la norma, salvo que tal contradicción surja directamente de la confrontación del texto del acto con la norma superior invocada.

De acuerdo al marco normativo y jurisprudencial reseñado, para el estudio de la procedencia o no de la suspensión provisional de los actos administrativos, el Juez debe confrontar el acto enjuiciado con las normas consideradas como infringidas en la demanda y el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

6.2. Cumplimiento de los requisitos del régimen de transición de la ley 100 de 1993, como condición necesaria para ser beneficiario de la pensión especial de retiro por vejez:

Antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, el artículo 29 del Decreto 3135 de 1968, estableció una pensión especial a favor de aquellos servidores públicos que habiendo cumplido la edad de retiro forzoso no reunían los requisitos necesarios para tener derecho a la pensión de jubilación o invalidez y que carecieran de los recursos necesarios para su congrua subsistencia, en los siguientes términos:

Artículo 29. PENSIÓN DE RETIRO POR VEJEZ. A partir de la vigencia del presente Decreto, el empleado público o trabajador oficial que sea retirado del servicio por haber cumplido la edad de 65 años y no reúna los requisitos necesarios para tener derecho a pensión de jubilación o invalidez, tendrá derecho a una pensión de retiro por vejez, pagadera por la respectiva entidad de previsión equivalente al veinte por ciento (20%) de su último sueldo devengado, y un dos por ciento (2%) más por cada año de servicios, siempre que carezca de recursos para su congrua subsistencia. Esta pensión no podrá ser inferior al mínimo legal. (1968).

⁶ Sentencia Radicación número: 11001-03-28-000-2012-00042-00 de fecha 13 de septiembre de 2012. Consejero Ponente: Susana Buitrago Palencia.

Esta norma, fue reglamentada por el artículo 81 del Decreto 1848 de 1969, cuyo tenor literal dice:

Artículo 81º.- Derecho a la pensión.

1. Todo empleado oficial que conforme a lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, sea retirado del servicio por haber cumplido sesenta y cinco (65) años de edad, sin contar con el tiempo de servicio necesario para gozar de pensión de jubilación, ni hallarse en situación de invalidez, tiene derecho a pensión de retiro por vejez, siempre que carezca de medios propios para su congrua subsistencia, conforme a su posición social.

2. La falta de medios propios para la congrua subsistencia se demostrará con los siguientes medios probatorios:

a) Con dos declaraciones de testigos sobre la carencia de bienes o rentas propios del interesado para atender a su congrua subsistencia, conforme a su posición social ante un juez del trabajo, o civil, con citación del respectivo agente del ministerio público; y

b) Con la presentación, además, de la copia auténtica de la última declaración de renta y patrimonio del interesado, expedida por la Administración de Hacienda Nacional respectiva.

Se observa entonces que las normas citadas exigían tres requisitos para la consolidación del derecho a la pensión de retiro por vejez, a saber:

a) Que el empleado haya sido retirado del servicio por llegar a la edad de 65 años.

b) Que no reúna los requisitos para tener derecho a pensión de jubilación o invalidez.

c) Que carezca de recursos propios para su congrua subsistencia.

La ley 100 de 1993, derogó tácitamente las disposiciones normativas que consagraban la pensión de retiro por vejez, salvo para aquellas personas que sean beneficiarias del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la norma en mención, cuyo tenor literal dice:

“(…) La edad para acceder a 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, requisitos y monto de la pensión de acuerdo con lo

señalado en el numeral 2 del artículo 33 y artículo 34 de esta ley, aplicables a estas personas, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley” (El subrayado es nuestro)

Luego, pese que el artículo 29 del Decreto 3135 de 1968 y el 81 del Decreto 1848 de 1969 que consagraron la pensión de retiro por vejez fueron tácitamente derogados, por virtud del fenómeno de la ultractividad de la norma siguen vigentes para quienes sean beneficiarios del régimen de transición previsto en la ley 100 de 1993. Esta posición es corroborada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, quien mediante sentencia del veintisiete (27) de agosto de 2012 expuso:

Para efectos de dilucidar la aplicación del régimen de transición para quienes soliciten la pensión de retiro por vejez en vigencia de la ley 100 de 1993, esta Corporación en sentencia del 7 de abril de 2005, Exp.1721-03, señaló:

“... Con fundamento en la disposición transcrita, (artículo 36 de la Ley 100 de 1993) la Sala en reiterados pronunciamientos viene precisando que el régimen de transición es un beneficio que la ley contempla, consistente en que las personas que cumplan las exigencias en ella señaladas, su pensión en cuanto a edad, tiempo de servicios o número de semanas de cotizaciones y cuantía de la mesada, se rige por la normatividad anterior.

A lo anterior se agrega que la disposición que contempló el denominado régimen de transición, no hizo distinción al tipo de pensión, vale decir si la ordinaria o la de retiro por vejez. (Lo subrayado fuera del texto).

Según la prueba documental que obra en autos el señor CIPRIANO QUINTERO BAEZ nació el 2 de noviembre de 1929. Ello indica que para el 1º de abril de 1994, fecha en la cual entró a regir la Ley 100/93, tenía 63 años de edad cumplidos, motivo por el cual es beneficiario del régimen de transición. Es decir se le aplica la normatividad anterior a dicha ley. De ahí que no se le apliquen las previsiones del artículo 34 de la Ley 100/93, **por la misma razón no es dable acudir a la previsión del artículo 37 ibídem, relacionada con la denominada indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.** (Negrillas de la Sala)

Ahora bien, antes de esta ley, regía la Ley 33 de 1985, la cual en el inciso primero del artículo 1º señaló la regla general, según la cual el empleado oficial que sirva o haya servido veinte años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco 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.

El señor QUINTERO BAEZ no cumpliría con los presupuestos señalados en el inciso primero del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 para acceder a la pensión de jubilación allí consagrada, pues como más adelante se precisará, solo acredita un tiempo de servicios de 13 años, 10 meses, 16 días.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que no se trata simplemente de la aplicación de la norma anterior contentiva de la regla general para acceder a la pensión plena de jubilación, sino de la aplicación de la ley que con anterioridad establecía la denominada “**pensión de retiro por vejez**”⁷.

Por lo anterior, se tiene que una de las condiciones para ser titular del derecho a la pensión de retiro por vejez, es ser beneficiario del régimen de transición previsto en la ley 100 de 1993.

6.3. La afiliación al sistema pensional al momento de entrar a regir la ley 100 de 1993 como condición necesaria para ser beneficiario del régimen de transición:

Una de las principales finalidades de los regímenes de transición es la protección del principio de buena fe y de la confianza legítima de quienes tienen la expectativa de adquirir un derecho o consolidar una situación jurídica determinada con fundamento en normas preexistentes a los tránsitos normativos.

Por ello, para ser beneficiario del régimen de transición, es necesario que previo a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la persona estuviese afiliada al régimen de pensiones, pues de no encontrarse afiliada a ningún régimen, no habría expectativa legítima que proteger. Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia T-080 de 2013 expuso lo siguiente:

“Esta Sala acoge esta posición, ya que, en primer término, entiende que la existencia del régimen de transición es en sí misma una manifestación del principio de favorabilidad, pues permite a las personas pensionarse conforme a un régimen que, aunque desapareció con la Ley 100, en virtud del régimen de transición tiene efectos ultractivos para quienes se encontraban afiliados a él y, por tanto, tenían una expectativa legítima de pensionarse según sus reglas. En este orden de ideas, el régimen de transición permite, en el marco de una transición normativa, aplicar de forma ultractiva una reglamentación que es más favorable al trabajador.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia con Radicado N° 08001-23-31-000-2000-01482-01(0126-12) de fecha 27 de agosto de 2012. C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

En segundo término, trae la Sala a colación el hecho de que textualmente el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 señala que ***“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”***. El tiempo verbal en el que está conjugado el verbo encontrar –presente- evidencia que el legislador hacía referencia al régimen en el que se encontrara vinculado el trabajador en el momento de expedición de la Ley 100. Por tanto, conforme a una interpretación literal, es inevitable concluir que para que a una persona se le aplique la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios cotizados, el número de las semanas cotizadas y el monto de la pensión del régimen anterior a la Ley 100, debía estar afiliado a él al entrar en vigencia el nuevo sistema,

En tercer término, encuentra la Sala una interpretación teleológica de la Ley 100 refuerza la tesis anterior. La Ley 100 de 1993 busca proteger la expectativa a ser pensionado bajo las reglas del régimen al que pertenecía el trabajador cuando comenzó el tránsito normativo. Teniendo en cuenta esta finalidad –protección de expectativas que ya habían surgido al amparo de un arreglo normativo e institucional-, resulta necesario que efectivamente el beneficiado estuviera en el régimen cuya aplicación reclama al momento de entrar a regir la Ley 100, de lo contrario, no existiría ninguna expectativa que proteger”⁸. (Subrayado por fuera del texto original)

En igual sentido, la Corte Constitucional mediante Sentencia T-370 de 2016, destacó:

“5.6. Por último, cabe destacar que el ser beneficiario del régimen de transición permite la aplicación de las normas que se encontraban vigentes al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993, de conformidad con el régimen **al que se encontraban afiliados**. Al respecto, la Sala Plena de la Corporación, ha señalado que al estudiar cuáles serían las condiciones más favorables que se harían prevalecer frente a las exigencias de una nueva ley, en relación con el régimen de transición, si la persona no está vinculada a ningún régimen pensional, no existe una expectativa de derecho a pensionarse. *“Luego, por elementales razones de lógica jurídica, era necesario establecer el condicionamiento de estar afiliado a algún régimen pensional para efectos de ser acreedor al beneficio derivado del régimen de transición, consistente en poder pensionarse de conformidad con los requisitos y condiciones previstos para el régimen anterior. (Resaltado fuera del texto)”* Es así

⁸ Sentencia T-080/13.

como la condición para acceder al beneficio de la transición, es estar afiliado a algún régimen pensional, lo que permite entonces la aplicación de los requisitos exigidos en el sistema pensional anterior, sin especificar, ni condicionar la escogencia de la norma, atendiendo a la entidad de seguridad social a la que se encontrará afiliado.”
(Subrayado por fuera del texto original)

En la misma línea jurisprudencial, la Sala Plena de la Corte Constitucional dijo:

En particular, la Ley 100 de 1993, estableció la garantía del régimen de transición en su artículo 36, el cual permite que (i) la *edad* para consolidar el derecho a la pensión de vejez, (ii) el *tiempo de servicio* –o número de semanas cotizadas–, y (iii) el *monto* de la misma, sean los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas. Para el efecto, el beneficiario debe estar afiliado al régimen anterior al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1º de abril de 1994), y debe encontrarse en alguna de las hipótesis previstas en el inciso 1º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece cuáles son los destinatarios del régimen de transición. Esta disposición, fijó tres categorías de trabajadores cuyas expectativas legítimas serían protegidas⁹: (...) (Subrayado por fuera del texto original)

Del anterior recuento jurisprudencial se tiene que una de las condiciones para ser beneficiario del régimen de transición es estar afiliado a algún régimen pensional antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993.

6.4. Análisis del caso concreto:

En el caso *sub-examine* se tiene que la solicitud de medida cautelar radica en la suspensión de los efectos de la resolución DIR 9708 del 04 de julio de 2017¹⁰, por medio de la cual se ordenó el retiro de nómina de pensionados al demandante.

Según el certificado que obra a folio 35 del expediente, se tiene que el demandante laboró en el municipio de San Antonio de Palmito (Sucre) en el cargo de celador desde el cinco (5) de junio de 1992 hasta el veintitrés (23) de junio de 2003, retirado del servicio mediante decreto No 030 de 2003 por haber llegado a la edad de retiro forzoso¹¹

⁹ Sentencia SU-210 de 2017

¹⁰ Folios 82 - 86

¹¹ Folio 36.

También se advierte que, de acuerdo a la historia laboral impresa el nueve (9) de octubre de 2007 que obra en el expediente¹², el demandante fue afiliado al régimen pensional el día primero (1) de mayo de 1995, en el que se registra como primer y único empleador al municipio de San Antonio de Palmito.

Ahora bien, para esta judicatura es relevante tener certeza respecto a la fecha en la que la ley 100 de 1993 entró a regir en el municipio de San Antonio de Palmito. Para ello es preciso anotar que respecto a su vigencia, el artículo 151 de la ley 100 de 1993 dispuso:

Vigencia del sistema general de pensiones. El sistema general de pensiones previsto en la presente ley, regirá a partir del 1º de abril de 1994. No obstante, el gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente ley, a partir de la vigencia de la misma.

Parágrafo. El sistema general de pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental.
(Subrayado por fuera del texto original)

Ahora bien, como el demandante fue empleado de una entidad territorial se tendría como fecha de vigencia lo dispuesto por el parágrafo antes mencionado, al igual, lo configurado en el Decreto 1068 de 1995, que en su artículo 6º enunció:

Régimen de transición. Los servidores públicos del orden departamental, municipal y distrital, que seleccionen el régimen de prima media con prestación definida, estarán sujetos al régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos.

Para efectos del cumplimiento de los requisitos de que trata el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el momento de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, será:

1. La fecha en que entró a regir el sistema, determinada en el acto administrativo emitido por el respectivo gobernador o alcalde, o
2. El 30 de junio de 1995. (Subrayado por fuera del texto original)

¹² Folios 179 - 180

En virtud de lo expuesto, el despacho no observa dentro del expediente prueba que permita saber la fecha exacta en que comenzó a regir la Ley 100 de 1993 en el Municipio de San Antonio de Palmito (S) (empleador del hoy demandante), es decir, si fue expedido acto administrativo con anterioridad al treinta (30) de junio de 1995 o si entró a regir en dicha fecha, lo anterior a fin de verificar si el señor Idilio Roberto Pérez Martínez se encuentra cobijado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, que como atrás se anotó, es una condición necesaria para ser beneficiario de la pensión especial de retiro por vejez, máxime cuando la historia laboral del demandante registra que éste fue afiliado al sistema pensional el día primero (1) de mayo de 1995.

Luego de este análisis, se tiene entonces que, en este momento procesal, no existen las pruebas contundentes que permitan a este operador judicial decretar la suspensión provisional solicitada, razón por la cual será negada.

En mérito de lo expuesto se, **DECIDE:**

1º.- Negar la medida cautelar de suspensión provisional solicitada, conformes las razones advertidas en la parte motiva de este proveído.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARLOS MARIO DE LA ESPRIELLA OYOLA
Juez