

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



**JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE CALI**

SENTENCIA N° 089

Santiago de Cali, diecinueve (19) de octubre de dos mil veinte (2020)

RADICACIÓN No. : 76001-3333-001-2018-00171-00
M. DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-
LESIVIDAD
DEMANDANTE : ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES
DEMANDADO : LUIS ALFONSO MESA BENITEZ

I. ANTECEDENTES

La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, a través de apoderado judicial, instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra del señor LUIS ALFONSO MESA BENITEZ, con el fin de que se hagan las siguientes:

1. DECLARACIONES

1.1. Declarar la nulidad de la Resolución SUB 113065 del 27 de abril de 2018, mediante la cual resuelve dar cumplimiento al fallo de tutela de fecha 13 de septiembre de 2013 proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Bolívar- Valle, ordenando el reconocimiento y pago del incremento pensional por personas a cargo e intereses moratorios a favor del demandado, teniendo en cuenta una mesada pensional en cuantía de \$781.242 al 1 de mayo de 2018 con un incremento del 14% en cuantía de \$109.374 al 2018, y el reconocimiento del retroactivo por la suma de \$15.700.297.

1.2. A título de restablecimiento del derecho se declare que al señor Luis Alfonso Mesa Benítez, no le es aplicable el régimen pensional dispuesto por el Decreto 758 de 1990 para el reconocimiento de incrementos pensionales.

1.3. Se declare que el señor Luis Alfonso Mesa Benítez, no es beneficiario del reconocimiento del incremento pensional de pensión de vejez, conforme al decreto 758 de 1990, reconocido mediante la Resolución demandada.

1.4. Se ordene al demandado la devolución de lo pagado por concepto del incremento pensional y el retroactivo, reconocidos mediante la Resolución No. SUB 113065 del 27 de abril de 2018.

1.5. Las sumas reconocidas a favor de Colpensiones sean indexadas y se reconozcan los intereses a que haya lugar.

La entidad demandante fundamenta las pretensiones en los siguientes:

2. HECHOS

- 2.1. El señor Luis Alfonso Mesa Benítez nació el 21 de junio de 1946.
- 2.2. El demandado el 1 de abril de 1994 tenía 44 años de edad y contaba con 638.42 semanas de cotización.
- 2.3. El demandado cumplió 60 años de edad el 21 de junio de 2006 y el 31 de diciembre de 2014 contaba con 68 años de edad.
- 2.4. Al 25 de julio de 2005 el demandado contaba con 730 semanas de cotización.
- 2.5. El señor Mesa Benítez reúne 921.28 semanas de cotización cotizadas al ISS.
- 2.6. El demandado reúne 159.7 semanas de cotización en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de edad mínima, esto es del 21 de junio de 1986 al 21 de junio de 2006.
- 2.7. El 18 de agosto de 2011 el demandado, solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez.
- 2.8. Mediante la Resolución No. GNR 1251136 del 7 de junio de 2013, Colpensiones reconoció la pensión de vejez al demandado de conformidad con la ley 71 de 1988, a partir del 01 de julio de 2011, en cuantía inicial de \$535.600, actualizada al año 2013 en cuantía de \$566.970, con una tasa de remplazo del 75%, con base a 1048 semanas de cotización efectuadas al ISS y a la Policía Nacional.
- 2.9. El Juzgado Promiscuo Municipal de Bolívar Valle, mediante fallo de tutela proferido el 13 de septiembre de 2013, bajo el radicado No. 2013-0168, resolvió lo siguiente:

PRIMERO: Acceder a los derechos fundamentales al Mínimo Vital Debido Proceso, a la Seguridad social, a la familia en conexidad Derecho a la vida digna del Señor Igualdad ante la Ley y las Autoridades y Mínimo Vital en conexidad con la Seguridad Social, Tercera Edad y Vida Digna del señor **LUIS ALFONSO MESA BENITEZ** identificado con la CC. No 6.137.009 de Bolívar Valle, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: Ordenar al Dr. **MAURICIO OLIVERA** Presidente de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, o quien hagan sus veces al momento de su notificación, que en el término de cuarenta y ocho horas (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, reconozca y pague la el **INCREMENTO PENSIONAL DEL 14%**, al Señor **LUIS ALFONSO MESA BENITEZ** identificado con la CC. No 6.137.009 de Bolívar Valle, por concepto de su cónyuge supérstite **ANA RUBIELA GIRALDO DE MESA**, desde el 1 de Julio de 2011, fecha en que se reconoció la Pensión por Vejez al accionante, incluyendo todos los meses retroactivos y sus mesadas adicionales, las que deberán ser pagadas con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, liquidados la Sentencia del Dieciocho (18) de Abril de Dos Mil Seis (2006), Magistrado Ponente **GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA**, Radicación No. 26666, Acta No. 24.

TERCERO: EXONERAR, de esta decisión al **INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACION SECCIONAL VALLE DEL CAUCA**.

CUARTO: Por secretaria librese la comunicación prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: Notifíquese esta decisión a las partes por el medio más expedito y en el caso que no fuere impugnada remítase el expediente a la **H. CORTE CONSTITUCIONAL** para su eventual revisión.

2.10. Obra en el expediente pensional providencia de desacato de fecha 13 de abril de 2018, proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Bolívar Valle, mediante la cual se resolvió:

“(....)

*PRIMERO: SANCIONAR con ARRESTO inconmutable de UN (1) DIA y MULTA de TRES (3) DIAS DE SALARIO MINIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE. a los Doctores RODRIGO ALBERTO CASTILLO SARMIENTO. Vicepresidente de Operaciones de Régimen de Prima Med. ANDREA RINCÓN CAICEDO. Directora de Prestaciones Económicas de Determinación de Derechos y DORIS PATARROYO PATARROYO. Directora de Nómina de Pensionados., todos de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES. por incumplimiento a la arden dada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Bolivar, Valle, dentro del trámite de la acción de Tutela radicada bajo partida No 2013-016.8., formulada por LUIS ALFONSO MESA BENITEZ.
(...)”*

2.11. Mediante la Resolución SUB 113065 del fecha 17 de abril de 2018, COLPENSIONES resolvió dar cumplimiento al fallo de tutela proferido por Juzgado Promiscuo Municipal de Bolívar Valle el 13 de septiembre de 2013 y en consecuencia, ordenó reconocer y el pagar un incremento pensional por persona a cargo e intereses moratorios a favor del demandado Luis Alfonso Mesa Benítez, teniendo en cuenta una mesada pensional en cuantía de \$781.242 al 1 de mayo de 2018, con un valor de incremento del 14% al 2018 en cuantía de \$109.374, reconociendo un retroactivo en cuantía de \$15.700.297.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Estima como vulneradas las siguientes normas:

- Constitución Política de Colombia, artículo 128.
- Decreto 758 de 1990
- Ley 100 de 1993

Frente al concepto de la presunta vulneración inicialmente hace mención a las causales de revocación previstas en el artículo 93 de la ley 1437 de 2011 y en cuanto a la revocación de los actos de carácter particular y concreto que consagra el artículo 97.

Posteriormente refiere que el régimen de prima media con prestación definida es un régimen solidario en el que sus afiliados tienen derecho a una pensión previamente definida en la Ley, en el que sus aportes y rendimientos constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones, los gastos de administración y la constitución de reservas, estableciendo como requisitos para adquirir el derecho a la pensión de vejez haber cumplido 55 años de edad si se es mujer o 60 años de edad si es hombre (edad que se incrementó a partir de 01 de enero de 2014 a 57 y 62 años de edad, respectivamente) y haber cotizado un mínimo de 1000 semanas en cualquier tiempo (a partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementó en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementó en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015), consagrando a favor de las personas próximas a pensionarse una excepción: el Régimen de Transición.

Respecto al Régimen de Transición cita y transcribe la sentencia C-415 de 2014 través de la cual la Corte Constitucional desarrolló el concepto de expectativa legítima para las personas que cumplen con los requisitos para acceder a dicho

régimen, expresa que este fue establecido por el artículo 36 de la ley 100 de 1993 únicamente para los trabajadores que hacen parte del Régimen de Prima Media, con el propósito de permitir que las personas que al momento de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones cumplieran con los requisitos establecidos en dicha norma, les fuera aplicado la edad, el tiempo de servicio o semanas de cotización y el monto del régimen pensional al cual venían afiliados.

Indica que el artículo 36 de la ley 100 de 1993 fue reglamentado por el Decreto 813 de 1994, en cual desarrolla aspectos importantes relacionados con el Régimen de Transición, entre estos los siguientes:

-Campo de aplicación: las pensiones de vejez y jubilación de todos los trabajadores del sector privado, de los servidores públicos, de los trabajadores independientes y de los afiliados obligatorios o facultativos del Instituto de Seguros Sociales, excluyendo a las generadas en regímenes exceptuados.

-Requisitos: es necesario que las personas que aspiren a este beneficio acrediten al 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, los siguientes requisitos:

- ✓ Mujeres: 35 años de edad o 15 años de servicios cotizados
- ✓ Hombres: 40 años de edad o 15 años de servicios cotizados

De la misma acota que el acto legislativo 01 de 2005, pretendió terminar el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y dispuso que a la fecha de entrada en vigencia es decir al 25 de julio de 2005, los afiliados podrían ser beneficiarios del régimen de transición siempre y cuando acreditaran 750 semanas cotizadas; es decir que si no se acreditaba el número mínimo de semanas al julio 25 de 2005 perderían el derecho a pensionarse con la norma anterior y tendría el fondo de pensiones estudiar la prestación a la luz de la ley 797 de 2003.

Respecto al decreto 758 de 1990, transcribe el artículo 12, en cuanto a los incrementos pensionales sostiene que el artículo 21 de este decreto señala que las pensiones mínimas legales de invalidez y de vejez se incrementarán así:

— En un siete por ciento (7 %) por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario.

— En un catorce por ciento (14 %) por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de este y no disfrute de una pensión.

Expone además que el artículo 22 del decreto 758 de 1990 regula la naturaleza de los incrementos pensionales, y dispone:

“(…)

Los incrementos de que trata el artículo anterior no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales y el derecho a ellos subsiste mientras perduren las causas que les dieron origen. El director general del ISS establecerá los mecanismos necesarios para su control.

(…)”.

Cita y transcribe jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Mediante Sentencia 21517 del 27 de julio de 2005, y de la Corte Constitucional en sede de tutela Sentencia T-791 de 2013 y concluye que el incremento pensional de pensión de vejez a favor del demandado en cumplimiento de fallo judicial proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Bolívar Valle, no se encuentra ajustado a derecho, por cuanto para el reconocimiento de incremento pensionales, se deberá aplicar los parámetros establecidos por el decreto 758 de 1990, al ser la norma que regula la materia, y a su vez respecto a los trabajadores que se hallen cobijados bajo el régimen pensional del Decreto 758 de 1990 por derecho propio o por ser beneficiarios del régimen de transición, y que en observancia del caso en concreto no es procedente aplicar por cuanto al pensionado le fue concedida pensión de vejez bajo los parámetros de la ley 71 de 1988, al efectuar cotizaciones al ISS por tiempos privados y a la Policía Nacional por tiempos públicos.

Indica que para determinar si al señor Luis Alfonso Mesa Benítez le es aplicable el Decreto 758 de 1990, y para establecer si es procedente el reconocimiento del incremento pensional ordenado mediante fallo de tutela proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Bolívar Valle, una vez efectuado el estudio de la prestación, se evidencia que el demandado, al 1 de abril de 1994 tenía 44 años de edad y acreditaba 638.42 semanas de cotización, de los 15 años de servicio exigidos, por el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Igualmente refiere, que conforme al Acto legislativo 01 de 2005, el demandado pese a contar con 68 años de edad al 31 de diciembre de 2014, solo logra acreditar 730 semanas de cotización al 25 de julio de 2005, de las 750 semanas de cotización exigidas y que, por esta razón, no es beneficiario del régimen de transición y por ende no sería procedente reconocerle pensión de vejez conforme al decreto 759 de 1990.

Expone que para el reconocimiento de los incrementos pensionales deberá aplicarse las disposiciones establecidas en el Decreto 758 de 1990, y que en consecuencia el trabajador debe acreditar los requisitos previstos en este decreto, y que una vez realizado el estudio de la prestación bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, se evidencia que el señor Luis Alfonso Mesa Benítez, pese a acreditar el requisito de edad, al contar con 60 años de edad al 21 de junio de 2006, no acredita 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, esto es entre el 21 de junio de 1986 y el 21 de junio de 2006, toda vez que para este periodo solo cuenta con 159.57 semanas de cotización, y sin contar con las 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo, pues solo logra acreditar 921.28 semanas de cotización efectuadas al ISS.

Concluye que el reconocimiento del incremento pensional reconocido mediante el acto demandado, en cumplimiento al fallo de tutela proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Bolívar-Valle, no se encuentra ajustado a derecho, toda vez que el demandado, no es beneficiario de la pensión de vejez bajo los parámetros del decreto 758 de 1990, a quien se le reconoció la pensión de vejez conforme a la ley 71 de 1988.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El señor Luis Alfonso Mesa Benítez contestó la demanda dentro del término de ley, oponiéndose a las pretensiones aduciendo que cumple con los requisitos previstos en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, más de 1000 semanas y 60 años para pensionarse, indicando que se ampara en el principio de favorabilidad, pues es una

persona de más de 73 años de edad, con un tumor canceroso, haciendo indispensable que tenga una vida digna y justa.

Manifiesta que se opone a que se suspenda el incremento pensional reconocido mediante el acto demandado, por cuanto reitera que tiene derecho a la pensión de vejez al haber cotizado 1000 semanas y mas de 60 años al momento de pensionarse y que Colpensiones aplicó la ley 71 de 1988, sin haber sido un funcionario público, acogándose al artículo 36 de la ley 100 de 1993, toda vez que siempre se desempeñó como cotizante independiente o entidades privadas.

Adicionalmente formula las excepciones de mérito que denomina: “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION”, “COBRO DE LO NO DEBIDO” y la “INNOMINADA”

5. TRÁMITE DEL PROCESO

Se surtió el trámite respectivo previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo así: se admitió la demanda mediante auto Interlocutorio del 13 de julio de 2018, se llevaron a cabo las notificaciones de dicha providencia a los sujetos procesales en debida forma, mediante auto el 9 de mayo de 2019 se declaró la falta de jurisdicción ordenándose remitir el expediente a los Juzgados Laborales de Cali, quien provocó un conflicto de competencia, decidiendo la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura mediante providencia del 20 de septiembre de 2019 asignarle el conocimiento del presente asunto a este Despacho. Así las cosas, mediante auto del 13 de febrero del año en curso se resolvió la medida cautelar de manera negativa, y posteriormente mediante auto del 3 de septiembre de 2020 se corrió traslado para alegar de conclusión en aplicación del artículo 13 del decreto 806 de 2020 que consagra que en los procesos en los que se discutan asuntos de puro derecho o en los que no fuere necesario la práctica de pruebas conllevan a que se profiera sentencia anticipada antes de la audiencia inicial.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

De este término hizo uso la parte demandante mediante escrito remitido por correo electrónico.

6.1. PARTE DEMANDANTE COLPENSIONES

La apoderada judicial de esta entidad reitera los argumentos expuestos en la demanda, como fundamento jurídico cita el contenido de los artículos 12, 21 y 22 del decreto 758 de 1990, el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990, reiterando que el incremento de la pensión de vejez reconocida al demandado en virtud del fallo de tutela, no se encuentra ajustado a derecho, por cuanto para tener derecho a este incremento se debe aplicar los parámetros establecidos en el decreto 758 de 1990 y que en el caso en concreto no es procedente aplicar esta norma por cuanto al pensionado le fue reconocida la pensión bajo los parámetros de la ley 71 de 1988, al efectuar cotizaciones al ISS por tiempos privados y a la Policía Nacional por tiempos públicos.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

Se centra en establecer si le asiste razón o no a la entidad demandante al pretender la nulidad del acto acusado, mediante el cual ordenó el reconocimiento y pago del incremento del 14% de la pensión de vejez por concepto de cónyuge establecido en el decreto 758 de 1990, en cumplimiento al fallo de tutela proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Bolívar- Valle, a favor del demandado Luis Alfonso Mesa Benítez a quien se le reconoció la pensión mensual vitalicia de vejez conforme a la ley 71 de 1988.

Para resolver el problema jurídico ante planteado, el Juzgado procederá al estudio del asunto en el siguiente orden: **i)** Marco Normativo y Jurisprudencial del incremento del 14% de la pensión por cónyuge o compañero(a) **ii)** De lo probado en el proceso, **iii)** Del caso en concreto.

2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DEL INCREMENTO DEL 14% DE LA PENSIÓN POR CÓNYUGE O COMPAÑERO (A)

Este incremento se encuentra regulado en el artículo 21 del decreto 758 de 1990, el que estipula que las pensiones mínimas legales de invalidez y vejez, se incrementarán, así:

“a) En un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario y,

b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.”

Respecto a este incremento pensional la H. Corte Constitucional en la sentencia T-831-2014, consideró que es una prestación dirigida a núcleos familiares que tienen como ingreso un salario mínimo legal, cuyo reconocimiento se encamina a realizar el contenido de los derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital de la familia, cuyos beneficiarios tienen a su cargo a sus cónyuges o compañeros(as) permanentes, buscando proteger a las personas que por desarrollar sus labores en el hogar en muchos casos, no se vincularon formalmente al mercado laboral y no realizaron cotizaciones, así:

“el incremento pensional es una prestación, contenida en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, según la cual, las pensiones de vejez o de invalidez se incrementan en un 14% sobre **la pensión mínima legal cuando el cónyuge o compañero(a) permanente del beneficiario dependa económicamente de este y no se encuentre disfrutando de pensión alguna**. Asimismo, el derecho a dicho incremento, tal como lo indica el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990, subsiste mientras *“perduren las causas que les dieron origen.”*

De lo anterior se concluye que estos incrementos sólo se consolidan a favor del solicitante si (i) tiene una pensión mínima, (ii) tiene a su cargo cónyuge o compañero(a) permanente; siempre y cuando (iii) exista dependencia económica y no se encuentre recibiendo ingreso alguno. Es decir, siendo íntegramente cumplidos los anteriores requisitos, es posible

acceder a la prestación, al punto que si no concurren los mismos, tal como se advierte en la disposición mencionada, tal derecho se extinguiría.

De tal forma, la prestación referida busca proteger a aquellas personas que, por desarrollar sus labores en el hogar en muchos casos, no se vincularon formalmente al mercado laboral, razón por la cual no efectuaron cotizaciones al ISS o por lo menos no las necesarias para consolidar su derecho pensional.

En conclusión, la consagración de dichos incrementos está dirigida a núcleos familiares que sólo tienen como ingreso un salario mínimo legal. Es decir, que su reconocimiento se encamina a realizar el contenido de los derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital de la familia, como en los casos revisados, en los cuales los accionantes tienen a su cargo a sus cónyuges o compañeros(as) permanentes -en uno de los asuntos, el accionante tiene a su cargo, además, a su hija en situación de discapacidad (Expediente T-4.423.843)-, quienes, siguiendo el parámetro de la norma, según lo expuesto en los hechos de las acciones de tutela y demandas ordinarias, sólo reciben un salario mínimo legal, con el cual deben cubrir todas las necesidades básicas de su hogar.”

Acorde a lo anterior se desprende que dicho incremento pensional deviene del decreto 758 de 1990, es decir opera para las pensiones de invalidez y vejez, cuyo derecho se hubiere reconocido de conformidad con este decreto el cual aprobó el Acuerdo 049 de 1990 “*por el cual se expide el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte.*”

3. De lo probado en el proceso

Con el material probatorio obrante en el presente proceso¹, se acreditó:

3.1. El demandado nació el 21 de junio de 1946 y prestó los siguientes servicios:

ENTIDAD LABORO	DESDE	HASTA	NOVEDAD	DIAS
POLICIA NACIONAL	19680805	19710121	TIEMPO SERVICIO	887
LLOREDA GRASAS S A	19730501	19730622	TIEMPO SERVICIO	53
INTERCONTINENTAL DE COL S	19731105	19750408	TIEMPO SERVICIO	520
CLUB DE TENIS S A	19750805	19770713	TIEMPO SERVICIO	709
CACHARRERIA LA 14 LTDA	19770919	19771231	TIEMPO SERVICIO	104
CACHARRERIA LA 14 LTDA	19780101	19780316	TIEMPO SERVICIO	75
TORRES Y TORRES S C	19780424	19831130	TIEMPO SERVICIO	2047
ADMINISTRACIONES KEPTON LTD	19850514	19850726	TIEMPO SERVICIO	74
NUR ROJAS DE MIRANDA	19960201	19960217	TIEMPO SERVICIO	17
NUR ROJAS DE MIRANDA	19960301	19960430	TIEMPO SERVICIO	60
LUIS ALFONSO MESA BENITEZ	20030801	20081231	TIEMPO SERVICIO	1950
LUIS ALFONSO MESA BENITEZ	20090201	20090630	TIEMPO SERVICIO	150
LUIS ALFONSO MESA BENITEZ	20090801	20110630	TIEMPO SERVICIO	690

El demandado acreditó un total de 7,336 días laborados, correspondientes a 1048 semanas.

¹ CD antecedentes aportados con la demanda

3.2. Por medio de la Resolución No. GNR 125136 del 7 de junio de 2013 proferida por la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, reconoció al señor Luis Alfonso Mesa Benítez la pensión mensual vitalicia de vejez en cuantía de \$535.600 a partir del 1 de julio de 2011, con fundamento en la **ley 71 de 1988**, teniendo en cuenta los tiempos de servicios prestados en la Policía Nacional y en el sector privado.

3.4. Mediante sentencia No. 124 proferida el 13 de septiembre de 2013 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Bolívar – Valle, se decide en primera instancia la acción de tutela formulada por el demandado, la cual tuteló sus derechos fundamentales y ordenó a Colpensiones reconocer y pagar el incremento pensional del 14% al señor Luis Alfonso Mesa Benítez, por concepto de su cónyuge supérstite Ana Rubiela Giraldo de Mesa, desde el 1 de julio de 2011, fecha en que se reconoció la pensión, incluyendo los retroactivos, mesadas adicionales, y los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

3.5. Colpensiones expidió la Resolución Nro. SUB 113065 de 27 de abril de 2018 en cumplimiento al fallo de tutela del 13 de septiembre de 2013, por la cual reconoce y ordena el pago del incremento pensional por persona a cargo y los intereses moratorios a favor del demandado, en cuantía de \$109.374 como valor del incremento del 14%, ordenado pagar como suma total el valor de \$15.700.297.

4. Del caso en concreto

Descendiendo al caso en concreto, se encuentra que el demandado ostenta la calidad de pensionado conforme a la Resolución No. GNR 125136 del 7 de junio de 2013 a través de la cual Colpensiones reconoció la pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, esto es, dando aplicación al régimen de transición atendiendo a lo establecido en la **ley 71 de 1988**, la cual exigía para el derecho a la pensión la acreditación de 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, y 60 años de edad, calculando el monto de su pensión en un 75%.

Se encuentra probado igualmente que, no obstante, se reconoció la pensión de vejez al demandado Luis Alfonso Mesa Benítez con fundamento en la **ley 71 de 1988**, el Juzgado Promiscuo de Bolívar Valle del Cauca, mediante acción de tutela ordenó el reconocimiento y pago del incremento del 14% por su cónyuge Ana Rubiela Giraldo de Mesa, incremento previsto para las pensiones de invalidez y vejez reconocidas bajo el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de 1990.

Conforme a lo anterior, tenemos que si bien el artículo 36 de la ley 100 de 1993, reguló de manera precisa lo concerniente al régimen de transición para la aplicación del régimen pensional anterior, esta debe hacerse de manera íntegra, en su conjunto y no acogiéndose beneficios de una y otra norma, y menos aplicando un precepto legal con el cual el demandado no alcanzó su derecho pensional, como de manera equivocada reconoció el incremento de la pensión el Juez de tutela.

Sobre el particular, el H. Consejo de Estado al estudiar la legalidad de los artículos 21 y 22 del decreto 758 de 1990, en providencia del 16 de noviembre de 2017 consideró que la declaratoria de nulidad de estos artículos no era procedente, por

cuanto el reconocimiento de los incrementos sobre la pensión de jubilación, entre ellos el de 14% por cónyuge es factible y no riñe con el ordenamiento jurídico, siempre y cuando la pensión de jubilación de quien **lo reclame haya sido causada bajo los requisitos propios impuestos por el Acuerdo 049 de 1990**, conforme al siguiente aparte que se transcribe a continuación:

"En conclusión, de conformidad con los derechos y los principios que consagra la Constitución Política en lo que atañe a los derechos laborales, que están orientados a que no se desconozcan o lesionen las situaciones jurídicas consolidadas conforme a la normativa anterior, con el fin de que impere el respeto por los derechos adquiridos; se debe tener en cuenta, que los incrementos por personas a cargo que en el pasado fueron establecidos por el Consejo Nacional del Instituto de los Seguros Sociales a través de los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, aún permanecen vigentes como parte integrante del régimen de transición que estableció la Ley 100 de 1993 en su artículo 36.

Lo anterior implica que quien es beneficiario de la pensión de invalidez **o de la pensión de vejez conforme al régimen anterior consagrado en el Acuerdo 049 de 1990, tiene derecho al reconocimiento y pago de los incrementos** siempre y cuando reúna los requisitos para el efecto, que son los contemplados en su artículo 21, y sin que sea posible aplicar el término de prescripción trienal a las peticiones que se presenten en torno a este reconocimiento, aunque si se debe aplicar dicha prescripción a las mesadas correspondientes, tal como lo consideró la Corte Constitucional en la sentencia SU 310 de 2017.

En otras palabras, a quienes les asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación o de invalidez antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, tienen derecho al incremento de las mismas, siempre que sus familiares, es decir sus hijos o su cónyuge o compañero o compañera permanente, se encuentren en las precisas condiciones que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 determina, esto es, que se trate de hijos menores de 16 años, o de hijos de 18 años que se encuentren estudiando, o hijos de cualquier edad en condición de invalidez y que dependan económicamente del beneficiado de la pensión, o cónyuge o compañero o compañera permanente que dependa económicamente del jubilado y que además no disfrute de ninguna pensión." ²

De la anterior pauta jurisprudencial, se concluye que le asiste razón a la entidad demandante al pretender la nulidad del acto acusado, toda vez que bajo los parámetros legales en que fue reconocida la pensión de vejez a favor del demandado, no le asiste derecho al incremento del 14% por cónyuge a cargo, ordenado en el fallo de tutela.

En cuanto a la pretensión tendiente a la devolución de los dineros pagados al señor Luis Alberto Mesa Benítez, considera el Despacho pertinente citar el pronunciamiento del H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección B, en sentencia del 23 de marzo de 2017, reiterado en sentencia emitida por la misma subsección en proveído del 16 de agosto de 2018, en la cual sostuvo:

*"De acuerdo con lo anterior, la norma en comento establece una garantía para los principios de buena fe y confianza legítima de los particulares, pues **la devolución de las***

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A
CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, 16 de noviembre de 2017, Radicación: 11001-03-25-000-2008-00127-00 (2741-08) Actor: Instituto de Seguros Sociales (ISS) Demandado: Nación, Ministerio de la Protección Social

sumas pagadas por prestaciones periódicas se condiciona a verificar que hayan mediado conductas reprochables encaminadas a defraudar a la administración en orden a obtener tales reconocimientos, de modo que si ello no se logra demostrar, no habrá lugar a ordenar reintegro alguno. (Subraya y negrilla por el Despacho).

El concepto de buena fe hace referencia al comportamiento leal y honesto que deben asumir los particulares y autoridades para mantener un orden justo y permitir el goce efectivo de los derechos y oportunidades de los asociados. Además, como se expresó previamente, por mandato Constitucional, se presume la buena fe de los particulares en sus relaciones con las autoridades del Estado, siendo deber de quien alegue la mala fe demostrar los hechos sobre los cuales se fundamenta”.

Conforme a lo anterior, y como quiera que la entidad demandante no acreditó que el demandado actuó de mala fe para obtener el pago del incremento del 14% de la pensión de vejez ordenado por el juez de tutela, ni obran pruebas de fraude, maniobras o actos ilegales con la finalidad de lograr el incremento demandado, sino que fue el Juzgado Promiscuo de Bolívar – Valle del Cauca el que incurrió en aplicación indebida de las normas, error que no es atribuible al demandado, por consiguiente se negará esta pretensión.

5. COSTAS

El artículo 188 del CPACA regula la condena en costas y prevé que la sentencia debe disponer sobre su imposición, conforme a la regulación prevista en el Código de Procedimiento Civil hoy Código General del Proceso.

El numeral 3° del artículo 365 del Código General del Proceso señala que habrá lugar a imponer condena en costas frente a la parte vencida, debiendo estas ser liquidadas por Secretaría de Corporación acorde con lo previsto en el artículo 366.

En materia de costas en asuntos de lesividad, el Consejo de Estado³ en providencia del 8 de febrero de 2018, consideró que no hay lugar a la condena en costas pues en estos se ventilan intereses públicos, sin que sea posible afirmar que el titular de la prestación sea la parte vencida, así:

“No obstante, cuando es la entidad pública la que demanda su propio acto en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en la modalidad de lesividad, esta Subsección definió la siguiente regla en materia de costas⁴:

*“En este caso tenemos que debido a la naturaleza del medio de control ejercido, que es el de nulidad y restablecimiento del derecho pero en la modalidad de **lesividad**, en tanto la Caja Nacional de Previsión Social EICE en Liquidación ataca sus propios actos administrativos mediante los cuales reconoció y reliquidó una pensión gracia, es decir, la entidad pública propende por anular unos actos administrativos que, no obstante su contenido particular, dada su ilegalidad afectan igualmente intereses públicos, en la medida en que reconocen y ordenan el pago de sumas a las que el beneficiario no tiene derecho, y ello deriva en una afectación patrimonial, no sólo de la Institución pública que cometió el yerro*

³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A, C.P. Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS, 8 de febrero de 2018, Radicación: 68001233300020140074702, No. Interno: 0176-16.

⁴ Sentencia de 21 de abril de 2016, Consejero ponente Luis Rafael Vergara Quintero, expediente: 3400-2013, Actor: Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE en Liquidación, demandada: Ligia Eugenia Álvarez Ponce.

respectivo, sino de todos los ciudadanos que aportan al sistema pensional Colombiano, es el interés superior público patrimonial el que está en juego.

Así las cosas, no es posible afirmar que la titular de la prestación que se debate sea la parte “vencida” en el litigio –como lo exige la norma-, y por ello la señora Álvarez Ponce no tiene la obligación de pagar costas en el proceso. En tal sentido, se revocará la decisión del Tribunal Administrativo de Nariño.”

Así las cosas, no es viable en estos casos condenar en costas en ninguna de las instancias, pues en este tipo de eventos en los cuales se ventilan intereses públicos, como lo es el patrimonio estatal, no es posible afirmar que el titular de la prestación sea la parte «vencida» en el litigio, aun cuando resulte afectado con la decisión⁵.”

En consecuencia, dada la naturaleza del presente asunto –lesividad- que no ataca al beneficiario de la prestación sino a los actos administrativos que en este caso reconocieron la pensión, no hay lugar a condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

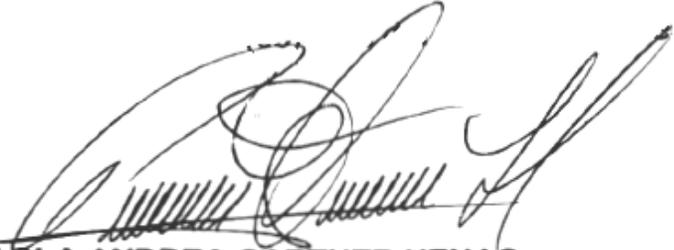
PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la Resolución SUB 113065 del 27 de abril de 2018, que en cumplimiento a fallo de tutela, ordenó el reconocimiento y pago del incremento pensional por personas a cargo e intereses moratorios a favor del demandado, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: NEGAR la devolución de los valores pagados en virtud del citado acto administrativo al señor Luis Alfonso Mesa Benítez, identificado con la cédula de ciudadanía No. 6.137.009.

TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ARCHIVAR las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI, una vez ejecutoriada esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



PAOLA ANDREA GARTNER HENAO
JUEZ

Rlm

⁵ No aplica cuando se haya demostrado mala fe en las actuaciones administrativas y judiciales del beneficiario de la prestación.