



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Ibagué, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho (Lesividad)
Demandante: Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones
Demandado: Alonso Luna Ayala
Radicación: 73001-33-33-003-2017-00331-00

ASUNTO

Procede este Juzgado a emitir sentencia, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. **PRETENSIONES** (Archivo A1. 73001333300320170033100 PRINCIPAL pág. 63-64)
 - 1.1. Se declare la nulidad de la Resolución GNR 197241 del 2 de julio de 2015, proferida por Colpensiones, mediante la cual se reliquidó la pensión de vejez a favor del señor Alonso Luna Ayala en cuantía de \$1.548.034 para el 2015, efectiva a partir del 30 de marzo de 2012.
 - 1.2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene la reliquidación de la pensión de vejez de carácter compartida a favor del señor Alonso Luna Ayala, liquidándola hasta la fecha de causación, de conformidad con lo ordenado en el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.
 - 1.3. Que se ordene al señor Alonso Luna Ayala y a favor de Colpensiones, la devolución de la diferencia que resulte entre lo pagado por concepto de reliquidación, a partir de la fecha de inclusión a partir de la fecha de inclusión de nómina de pensionados de la Resolución GNR 197241 del 2 de julio de 2015 y hasta que se ordene su suspensión provisional o se declare su nulidad y los valores producto del reconocimiento ordenado.
 - 1.4. Que se ordene al señor Alonso Luna Ayala y a favor de Colpensiones, la devolución del retroactivo pensional reconocido en la Resolución GNR 197241 del 2 de julio de 2015.
 - 1.5. Que se ordene a la entidad promotora de salud y a favor de Colpensiones, el reintegro del valor girado de más por concepto de salud del afiliado señor Alonso Luna Ayala, desde la fecha de inclusión en nómina de pensionados

de la Resolución GNR 197241 del 2 de julio de 2015 y hasta que se ordene su suspensión provisional o se declare su nulidad.

- 1.6. Que se ordene el pago de la indexación o intereses a los que haya lugar, según el caso.

2. **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN** Archivo A1. 73001333300320170033100 PRINCIPAL pág. 66-71)

Indica vulnerados, la Ley 100 de 1993 en su artículo 36, el Decreto 758 de 1990 y el Acuerdo 049 de 1990.

Cita el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 sobre los requisitos para la pensión de vejez, así como el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, para indicar que los patrones de quienes se beneficien de una pensión de jubilación reconocida por convención colectiva, deben continuar cotizando al ISS, hasta tanto los afiliados cumplan los requisitos exigidos por el ISS para la pensión, momento en el cual, este último procederá a cubrir la pensión, siendo de cuenta del empleador, el pago del mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el ISS y la que ya se venía pagando al afiliado.

Luego, menciona que el giro retroactivo en pensiones compartidas a favor del empleador, procede cuando: a) existe una pensión compartida entre un empleador y la administradora del régimen de prima media con prestación definida, o b) el empleador es el que reconoce las mesadas pensionales en su integridad entre la fecha de cumplimiento de los requisitos pensionales y la inclusión en la nómina de pensionados.

Explica la apoderada que ese retroactivo corresponde al empleador, pues lo que se presenta es un pago anticipado de la pensión de vejez que está a cargo de Colpensiones pero que lo hace la entidad jubilante (entiéndase empleador) para evitarle un perjuicio al trabajador y por ende, podrá obtener el giro a su favor, siempre que aporte los documentos exigidos y que se mencionan en el concepto de violación, sin requerirse autorización del trabajador para girar el retroactivo al empleador, cuando se trate de una pensión compartida.

Expone la entidad demandante que la pensión compartida será a partir del cumplimiento mínimo de requisitos – status de pensionado-; lo anterior sin perjuicio de las reglas generales de disfrute, en el evento en que el afiliado haya efectuado cotizaciones al sistema general de pensiones con un empleador diferente a la entidad jubilante.

Agrega que las reglas para la causación y disfrute de una pensión en expectativa a compartir serán: a) La pensión deberá ser reconocida al cumplimiento de los requisitos de edad y semanas cotizadas, pese a que con posterioridad a estos reflejan semanas cotizadas efectuadas por el empleador jubilante o por el asegurado en su calidad de trabajador independiente o dependiente de ambos

empleadores. b) No deberá exigirse el retiro del sistema con el empleador jubilante, si solo figuran semanas cotizadas con este. En caso de que el asegurado haya cotizado adicionalmente como trabajador dependiente de otros empleadores, se seguirán las reglas de retiro establecidas en la Circular interna 01 de 2012.

Indica que mediante Resolución No. 000537 del 24 de abril de 2013, el ISS hoy Colpensiones, le reconoció al señor Alonso Luna Ayala una pensión de carácter compartida con la empresa Cementos Diamante del Tolima S.A., la cual le había otorgado pensión de jubilación desde el año 1997 bajo la misma figura de compartibilidad pensional, por lo cual el 16 de diciembre de 2002, el asegurado allegó oficio autorizando que se consignara el retroactivo de su pensión de vejez a nombre de Cementos Diamante S.A.

Señala entonces que la Resolución No. GNR 197241 del 2 de julio de 2015 es lesiva, como quiera que en ella se debió realizar una reliquidación, teniendo en cuenta el carácter de compartida de la prestación y el retroactivo resultante debió girarse a la empresa Cementos Diamante del Tolima S.A., por cuanto aquella reliquidó la prestación como ordinaria, cambiando sustancialmente las condiciones en la que venía disfrutando el asegurado su pensión de vejez.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1. Alfonso Luna Ayala (pág. 184-191 archivo A1. 73001333300320170033100 PRINCIPAL)

El apoderado del señor Alonso Luna Ayala se opone a todas y cada una de las pretensiones, pronunciándose sobre los hechos planteados en la demanda, proponiendo como excepciones la ***Inexistencia de causales de nulidad y Buena fe***; arguye que el sustento de la Resolución GNR 197241 del 2 de julio de 2015 fue la reliquidación de la pensión de vejez reconocida al hoy demandante, sobre la base del ajuste del ingreso base de liquidación, al habersele liquidado debidamente al momento del reconocimiento de la primera mesada pensional, aduciendo que en la demanda no se discute la condición de beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; por tanto, con derecho a que su mesada pensional fuese liquidada sobre el ingreso de liquidación más favorable, esto es, comparando el promedio de lo devengado en el tiempo que le hacía falta para el cumplimiento de requisitos para obtener la pensión de vejez con el cotizado todo el tiempo.

Explica que desde el momento en que le fue reconocida la pensión de vejez por el ISS, en aplicación de la normatividad vigente al momento de proferir el acto administrativo cuestionado, no existe impedimento para que en cumplimiento de las mismas normas, existiendo el derecho, se le reliquide la mesada pensional.

Finalmente aduce la inexistencia de norma alguna que señale que una pensión en expectativa de ser compartida tenga una reglamentación especial para ser liquidada.

3.2. Nueva EPS (A8. 2017-00331 CONTESTACION DEMANDA NUEVA EPS)

El apoderado judicial de la Nueva EPS se opone a todas y cada una de las pretensiones deprecadas; así mismo, propone como excepciones la **Falta de legitimación en la causa por pasiva; Falta de legitimación en la causa por activa; Prestación de aseguramiento en salud ya fue causado y ejecutado por Nueva EPS; Desconocimiento del sistema de seguridad social en salud como sistema de gestión de riesgos; Imposibilidad de restablecimiento del derecho y Cobro de lo no debido.**

Como sustento, arguye que respecto de la reintegro pensional correspondiente a aportes de salud, al no tener la titularidad sobre dichos recursos, la Nueva EPS no es la llamada a devolverlos; además, que Colpensiones en su calidad de administradora del régimen de prima media con prestación definida, no tiene la titularidad sobre las sumas reclamadas, como quiera que los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran.

De otra parte, arguye que las cotizaciones efectuadas por los pensionados al Sistema de Seguridad Social en Salud son de causación inmediata, como quiera que la cotización se paga mensualmente, se liquida sobre la mesada pensional y se ejecuta desde el mismo momento en que el pago entra al sistema al ser recaudado por la respectiva EPS; por consiguiente, no es procedente el reintegro de sumas de ya fueron causadas, pagadas y aplicadas mes a mes en el marco del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Indica también que los aportes en salud tienen como fin asegurar los riesgos en salud del afiliado o beneficiario del sistema, por lo que una vez ingresan al sistema, tales recursos son ejecutados, aun cuando no sobrevenga el riesgo asegurado.

4. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 10 de octubre de 2017 (A1. 73001333300320170033100 PRINCIPAL pág. 5) correspondiendo a este Juzgado, cuya titular de la época declaró la falta de jurisdicción, decisión que llegó por vía de conflicto de jurisdicción a la entonces Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que resolvió asignar el conocimiento del asunto a este Despacho, siendo devuelto el expediente el 30 de abril de 2019. (A1. 73001333300320170033100 PRINCIPAL pág. 170). A partir de lo anterior y por reunirse los requisitos legales, mediante providencia del 13 de mayo de 2019 se admitió la demanda por este Juzgado, disponiendo lo de ley (A1. 73001333300320170033100 PRINCIPAL pág. 171-172).

Vencido el término del traslado de la demanda y las excepciones, mediante auto del 10 de diciembre de 2019, se fijó fecha para la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del CPACA (A1. 73001333300320170033100 PRINCIPAL pág. 214), la cual se instaló

el 21 de octubre de 2020, advirtiéndose en ella la necesidad de adoptar medidas de saneamiento, con la vinculación de la Nueva EPS S.A. (A5. 2017-00331 ACTA AUDIENCIA INICIAL.pdf)

Integrado el contradictorio, mediante auto del 19 de agosto de 2021, se fijó fecha para la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del CPACA (B5. 2017-00331 AUTO FIJA FECHA AUDIENCIA INICIAL), la cual se llevó a cabo el día 14 de octubre de 2021, en su curso se realizó el control de legalidad, se analizaron los requisitos de procedibilidad, se fijó el litigio, se abordó el tema de la conciliación, sin que las partes propusieran fórmula de arreglo, y se decretaron pruebas documentales (B9. 2017-00331 ACTA AUDIENCIA INICIAL.pdf); finalmente, mediante auto del 18 de marzo de 2022 se declaró finalizada la etapa probatoria, se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se corrió traslado a las partes para que presentaran por escrito los alegatos de conclusión (C8. 2017-00331 AUTO CORRE TRASLADO PARA ALEGAR.pdf), derecho del cual hicieron uso la parte demandante y los demandados (D4. 2017-00331 CONSTANCIA SECRETARIAL VENCE TERMINO PARA ALEGATOS.pdf).

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. Parte demandante (D2. 2017-00331 ALEGATOS COLPENSIONES)

La apoderada reiteró los argumentos plasmados en la demanda, indicando que mediante comunicación RHUT1188.97 del 14 de enero de 1997, la empleadora Cementos Diamante del Tolima S.A., reconoció una pensión de jubilación al señor Luna Ayala de carácter compartida, a partir del 1º de febrero de 1997; que posteriormente, el Instituto del Seguro Social ISS hoy Colpensiones, procedió a emitir acto administrativo No. 000537 el 24 de enero de 2003 a través del cual le reconoció pensión en cuantía de \$799.230, a partir del 24 de enero de 2002 conforme lo establecidos en el Decreto 758 de 1990, esto es bajo la figura de compartibilidad pensional, por lo cual mediante oficio allegado el 16 de diciembre de 2002, el hoy demandado dio autorización de consignar el retroactivo de su pensión de vejez a nombre de Cementos Diamante S.A.

Que por lo anterior, la Resolución GNR 197241 del 2 de julio de 2015 resulta lesiva, pues la reliquidación expresada en ella no tuvo en cuenta el carácter de compartida del beneficio pensional entre la empresa empleadora y Colpensiones, y por tanto, el retroactivo resultante debió girarse a la empresa Cementos Diamante del Tolima S.A.; aduce que tal reliquidación se tomó como una prestación ordinaria, cambiando las condiciones de las cuales venía disfrutando el señor Luna Ayala su pensión de vejez, por lo cual se le solicitó al afiliado consentimiento de revocatoria de tal acto administrativo, empero, el afiliado no se pronunció al respecto.

Que el artículo 12 del Decreto 758 del 11 de abril de 1990 señala: *“Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos: a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y, b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber*

acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo”.

Que para establecer el monto de liquidación de la presente prestación, se tendrá en cuenta el artículo 20 del Decreto 758 de 1990, el cual establece: “...a) *Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y, b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario...*”.

Aduce que en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de vejez a favor del señor Alonso Luna Ayala por parte de Colpensiones incurrió en error al liquidar la prestación como ordinaria y no como pensión compartida, teniéndose un IBL diferente al que en derecho le corresponde al asegurado, pues la resolución de reconocimiento de la pensión extralegal se profirió en vigencia del Decreto 758 de 1990, generando un grave detrimento patrimonial para Colpensiones, por lo que es imperioso su exclusión del ordenamiento jurídico.

Igualmente arguye que el retroactivo que resulte del reconocimiento de la pensión corresponde al empleador, como quiera que lo que se presenta es un pago anticipado de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones por parte de la entidad jubilante, que para evitarle un perjuicio al trabajador continúa sufragando el valor total de la prestación cuando ya no está a su cargo integralmente, por haber operado la subrogación por parte de Colpensiones

Que por lo tanto, la solicitud de devolución de los dineros pagados al señor Alonso Luna Ayala es válida, debido a que Colpensiones ha sufrido un detrimento en su patrimonio, colocando en grave riesgo la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones y el erario público; además, constituye una grave afectación a los derechos de otros colombianos que cuentan con una expectativa pensional, constituyendo esto un enriquecimiento sin causa en beneficio del demandado y un empobrecimiento de la entidad demandante conforme a lo explicado en líneas anteriores; pues debe primar el interés general sobre el particular.

5.2. Parte demandada-Alonso Luna Ayala (D3. 2017-00331 ALEGATOS ALONSO LUNA)

El señor Alonso Luna Ayala, a través de su apoderado judicial indicó que la empresa Cementos Diamante de Bucaramanga S.A. le otorgó pensión de jubilación convencional a partir del 14 de enero de 1997 en cuantía de \$ 428.160, la cual, con los reajustes legales para el año 2002 ascendía a la suma de \$751.908; prestación que tenía la expectativa de ser compartida con el fondo de pensiones administrado por Instituto de Seguros Sociales ante el cual se hicieron los aportes correspondientes.

Que cumplido el requisito de 60 años de edad el 24 de enero de 2002, solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez ante el Instituto de Seguros Sociales, siendo reconocida mediante Resolución No. 000537 de 24 de abril de 2003 en

cuantía de \$799.230 y con efectos a partir del 24 de enero de 2002, cuyo retroactivo resultante le fue pagado a la empresa Cementos Diamante de Bucaramanga S.A., por ser esta quien venía pagando la mesada pensional convencional; empero debe tenerse en cuenta que la mesada pensional legal reconocida por el ISS (\$799.230.), es superior a la mesada convencional que venía pagando el empleador (\$751.908); por tanto, no se generó la compartibilidad de la mesada alegada.

Aduce que conforme lo señalan las Resoluciones No. 000573 de 2003 y GNR 197241 de 2015, el señor Alonso Luna Ayala es beneficiario del Régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1.993; es decir, le es aplicable el régimen contenido en el Acuerdo No. 049 de 1990 y aprobado por el Decreto 758 de 1.990, máxime cuando su mesada pensional no tuvo el carácter de compartida por las razones ya expuestas.

Considera que por haber cotizado más de 1.250 semanas, y faltarle menos de 10 años para adquirir el derecho al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, el Ingreso Base de Cotización debe liquidarse conforme al promedio de lo devengado en el tiempo que le faltare para ello, o el cotizado durante todo el tiempo, si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del IPC.

Que por consiguiente, el hecho de que la expectativa de la pensión de jubilación convencional reconocida por el empleador fuera de carácter compartida, lo que finalmente no se produjo, por ser esta inferior a la reconocida por el ISS, no ubica la pensión legal dentro de una categoría en la cual no pueda liquidarse de acuerdo a las normas que regulan el régimen prestacional administrado en su momento por el ISS, hoy por Colpensiones.

5.3. Nueva EPS (D1. 2017-00331 ALEGATOS NUEVA EPS)

Se ratifica en los argumentos de defensa y excepciones planteados al momento de contestar la demanda.

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente este despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibídem*.

2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver, consiste en determinar si está viciada de nulidad la Resolución GNR 197241 del 2 de julio de 2015, y en consecuencia determinar si la reliquidación de la pensión de vejez en cuantía de \$1'548.034 m/cte. para el año 2015 y efectiva a partir del 30 de marzo de 2012 realizada a favor del señor

Alonso Luna Ayala, estableció una mesada que no le correspondía, o si por el contrario, era jurídicamente viable la reliquidación en la forma en que se dispuso en el acto acusado.

A partir de la respuesta al problema jurídico, se estudiará si debe ordenarse el restablecimiento del derecho en la forma pedida.

Como problema asociado, se determinará si la pensión reconocida por el ISS al señor Alfonso Luna Ayala es una pensión compartida.

3. MARCO JURÍDICO

3.1. De la compartibilidad pensional

La figura de la compartibilidad pensional, de acuerdo con la Corte Constitucional en Sentencia SU542/16, *“se da cuando el empleador le reconoció a su ex trabajador pensión de vejez en virtud de una convención o acuerdo extra legal por un monto determinado y estipuló que dicha pensión será posteriormente compartida con la reconocida por el Instituto de Seguros Sociales, en la actualidad por Colpensiones.*

*De esta forma, cuando la empresa a la que se encontraba vinculado laboralmente el trabajador contemplaba el cumplimiento de requisitos más favorables para acceder a la pensión que los exigidos por el régimen general, el empleador asume el pago de las mesadas hasta que el trabajador cumpla la edad y el tiempo de cotización exigidos por la ley para todas las personas. **En caso que el monto de la pensión reconocida por el empleador sea superior al reconocido por Colpensiones, deberá el empleador reconocer y pagar la diferencia**”.* (Resaltado del Despacho)

El Consejo de Estado en sentencia del 10 de octubre de 2018, proferida dentro del proceso con radicación número: 76001-23-31-000-2006-02542-01(1545-15) CP. Carmelo Perdomo Cuéter señaló sobre esta figura:

“En efecto, la compartibilidad pensional fue creada por el artículo 60 del Decreto 3041 de 19 de diciembre de 1966,³ que aprobó el Acuerdo 224 de esa misma fecha, del consejo directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, para liberar al empleador del pago de las pensiones, como consecuencia del traslado de las cotizaciones a cargo de este al Instituto de Seguros Sociales. Esta se puso en práctica, en principio, únicamente para la pensión legal de jubilación regulada por el Código Sustantivo del Trabajo; pero, desde la expedición del Acuerdo 29 de 1985, del consejo nacional de seguros sociales obligatorios, ratificado por el Decreto 2879 de esa anualidad,⁴ se tuvo en cuenta para los casos en que los empleadores

³ Decreto 3041 de 1966, artículo 60. «Los trabajadores que, al iniciarse la obligación de asegurarse en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lleven 15 años o más de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000) moneda corriente o superior, ingresarán al Seguro Social obligatorio como afiliados para el riesgo de invalidez, vejez y muerte. Al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por el Código Sustantivo del Trabajo podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y este estará obligado a pagar dicha jubilación, pero continuarán cotizando en este seguro hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por el instituto para otorgar la pensión de vejez, y en este momento el instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el instituto y la que le venía siendo pagada por el patrono».

⁴ Decreto 2879 de 1985, artículo 5.º. «Los patronos inscritos en el Instituto de Seguros Sociales, que a partir de la fecha de publicación del decreto que apruebe este Acuerdo, otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en Convención Colectiva, Pacto Colectivo, Laudo Arbitral o voluntariamente, continuarán cotizando para los seguros de Invalidez, Vejez y Muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de Vejez y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono.

otorgaran a sus trabajadores pensiones reconocidas en atención a convenciones colectivas, pactos colectivos, laudos arbitrales o de manera voluntaria.

Posteriormente, fue instituida en el artículo 18 del Decreto 758 de 11 de abril de 1990, que validó el Acuerdo 49 del mismo año, del consejo nacional de seguros sociales obligatorios, en los siguientes términos:

Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado.

PARÁGRAFO. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales.”

La misma Corporación, en sentencia del 4 de septiembre de 2017, dentro del expediente 25000-23-25-000-200900282-01(3924-15), CP. William Hernández Gómez, señaló:

"Sobre el particular, esta subsección, en fallo del 25 de marzo de 2010" precisó que: «Cuando el I.S.S. asume el riesgo de vejez subroga al SENA en la obligación de reconocer la pensión de jubilación. Así, realmente se presenta una subrogación de la entidad encargada de asumir la obligación (aunque no tenga la misma denominación) y es por eso que resulta improcedente que simultáneamente se pueda gozar de la pensión de jubilación reconocida por el SENA y la de vejez otorgada por el Instituto de Seguros Sociales, pues ello contraría la prohibición contenida en el artículo 128 de la Constitución Política. La ley no autoriza que por los mismos tiempos de servicios estatales, los funcionarios del SENA perciban dos pensiones a cargo de diferentes Instituciones [...]»

*Ahora bien, excepcionalmente puede ocurrir que cuando el ISS reconozca la prestación lo haga en cuantía inferior a la que, conforme al régimen general, tienen derecho los servidores públicos en general, ante lo cual el SENA **deberá cubrir la diferencia resultante, denominándose ello compatibilidad, la cual tiene unos efectos diferentes a los de la compatibilidad. Pues en este caso, el empleador reconoce a su ex trabajador la pensión convencional o extralegal a la que tendría derecho según la ley o la convención y se estipula que la misma será compartida con la pensión de vejez reconocida por el ISS.**" (Resaltado del despacho)*

En providencia más reciente señaló⁵:

“Ahora bien, excepcionalmente puede ocurrir que cuando el ISS reconoció la prestación lo haga en cuantía inferior a la que, conforme al régimen general, tienen

La obligación de seguir cotizando al Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, de que trata este artículo, sólo rige para el patrono inscrito en el Instituto de Seguros Sociales.

PARÁGRAFO 1o. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva Convención Colectiva, Pacto Colectivo, Laudo Arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales».

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Bogotá, D.C., doce (12) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 19001-23-33-000-2013-00357-01(1869-15)

derecho los servidores públicos en general, ante lo cual el empleador, en este caso, la Universidad del Cauca, deberá cubrir la diferencia resultante, denominándose ello compartibilidad, la cual tiene unos efectos diferentes a los de la compatibilidad. Pues en este caso, el empleador reconoce a su ex trabajador la pensión convencional o extralegal a la que tendría derecho según la ley o la convención y se estipula que la misma será compartida con la pensión de vejez reconocida por el ISS.

Al respecto, en sentencia T-019 del 20 de enero de 2012⁶, la Corte Constitucional indicó que:

«[...] En virtud de la compartibilidad de las pensiones de jubilación y vejez, los beneficiarios de la pensión de jubilación reciben la mesada pensional del ente público o privado que ha reconocido esta prestación, pero continúan cotizando al Seguro Social con el fin de adquirir los requisitos para que esta última entidad reconozca el derecho a la pensión de vejez.

Una vez esto ocurre se subroga la entidad de seguridad social al ex empleador en la obligación de pago de la misma, salvo en lo relativo al mayor valor que llegare a resultar en su contra, el cual debe sufragar al pensionado. **Así, el ex empleador podría eximirse de la totalidad de la prestación de jubilación si el monto de la pensión a su cargo fuere igual o menor a la mesada de vejez pagada por la entidad de seguridad social, mientras que su obligación se extinguirá solo parcialmente si la suma sufragada por el Seguro Social tuviere un valor inferior a la que él venía reconociendo, quedando obligado entonces a desembolsar el mayor valor no cubierto por la administradora de pensiones.**»
(Se subraya)”

4. HECHOS PROBADOS

De acuerdo con las pruebas documentales incorporadas, encontramos como hechos acreditados en el *sub lite* los siguientes:

HECHOS RELEVANTES PROBADOS	DOCUMENTO PROBATORIO
<ul style="list-style-type: none"> El señor Alonso Luna Ayala nació el 24 de enero de 1942. 	Registro Civil de Nacimiento 25837921 en el archivo “GEN-REQ-IN-2015_8152077-20151124033643.pdf” de la carpeta “A1.1. 2017-00331 CONTENIDO CD FOLIO 44”.
<ul style="list-style-type: none"> Cementos Diamante del Tolima S.A. hoy Cemex Colombia S.A., mediante memorial RHUT1188.97 del 14 de febrero de 1997, otorgó una pensión al señor Alonso Luna Ayala, con efectos desde el 1º de febrero de 1997, cuyo valor de la mesada reconocida era el equivalente al 75% del salario promedio devengado, esto es, de \$428.160. 	Pág. 4-5 del archivo “GRP-HPE-EV-CC-3149008_1.pdf” de la carpeta “A1.1. 2017-00331 CONTENIDO CD FOLIO 44”. Pág. 3 del archivo “A1. 2017-00331 RESPUESTA AL OFICIO JTS-1972.pdf” de la carpeta “2017-00331 PRUEBAS DE OFICIO”.
<ul style="list-style-type: none"> En el párrafo segundo del memorial RHUT1188.97 del 14 de febrero de 1997 se 	Pág. 4 del archivo “GRP-HPE-EV-CC-3149008_1.pdf” de la carpeta “A1.1. 2017-

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-019 de 2012.

<p>dijo: “...Esta pensión es compartida, razón por la cual a partir del día en que usted cumpla 60 años de edad, continuaremos pagando la diferencia, si existiera, entre lo que se esté cancelando y lo que le reconozca el I.S.S..”</p>	<p>00331 CONTENIDO CD FOLIO 44”.</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Para el año 2002, la mesada pensional reconocida y pagada por Cementos Diamante del Tolima S.A. hoy Cemex Colombia S.A. correspondía a \$751.908. 	<p>Pág. 3 del archivo “A1. 2017-00331 RESPUESTA AL OFICIO JTS-1972.pdf” de la carpeta “2017-00331 PRUEBAS DE OFICIO”.</p>
<ul style="list-style-type: none"> • A través de Resolución No. 000537 del 24 de abril de 2003 y por petición que se le hiciera por el interesado el 22 de enero de 2002, el Instituto de Seguros Sociales – Seccional Tolima hoy Colpensiones, procedió a reconocer y ordenar el pago de una pensión de vejez a favor del señor Alonso Luna Ayala, a partir del 24 de enero de 2002 por valor de \$799.230. 	<p>Pág. 24-26 y 33 del archivo “GRP-HPE-EV-CC-3149008_1.pdf” de la carpeta “A1.1. 2017-00331 CONTENIDO CD FOLIO 44”.</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Mediante Resolución No. GNR 197241 del 2 de julio de 2015, Colpensiones reliquidó la pensión del señor Alonso Luna Ayala, elevando la cuantía a la suma de \$1.430.062 a partir del 30 de marzo de 2012, \$1.464.956 para el 2013, \$1.493.376 para el 2014 y \$1.548.034 para el 2015. 	<p>Archivo “GRF-AAT-RP-2015_6075572-20150708025251.pdf” de la carpeta “A1.1. 2017-00331 CONTENIDO CD FOLIO 44”.</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Mediante oficio BZ2015_8152077-3302690 del 4 de diciembre de 2015 la Gerencia Nacional de Reconocimiento de Colpensiones solicitó al señor Alonso Luna Ayala, autorización expresa para revocar la Resolución GNR 197241 del 2 de Julio de 2015, citando como fuente el artículo 93 numeral 1º del CPACA, indicándole que el retroactivo debió ser girado a favor de la empresa Cementos Diamante del Tolima S.A. 	<p>Archivo “GRP-COM-EN-2015_11797903-20151204053215.pdf” de la carpeta “A1.1. 2017-00331 CONTENIDO CD FOLIO 44”.</p>

5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Se acreditó que al señor Alonso Luna Ayala le fue reconocida inicialmente una pensión extralegal o convencional por parte de Cementos Diamante del Tolima S.A. hoy Cemex Colombia S.A., estableciéndose en el memorial RHUT1188.97 del 14 de febrero de 1997, que a partir del día en que el pensionado cumpliera los 60 años de edad, tal sociedad continuaría pagando la diferencia, si existiera, entre lo que Cementos Diamante les estuviese pagando y lo que le reconociese el I.S.S, por lo que la misma tendría el carácter de compartida.

Luego, que el 22 de enero de 2002, el señor Alonso Luna Ayala solicitó la pensión de vejez ante el Instituto de Seguro Social (hoy Colpensiones), la cual le fue reconocida mediante la Resolución No. 000537 del 24 de abril de 2003, con efectos a partir del 24 de enero de 2022, sin que en ella se hiciera mención alguna de su compartibilidad, a pesar de lo que había quedado expresamente señalado en el acto de reconocimiento de la prestación convencional; empero, ordenándose que el valor del retroactivo se le girase al empleador Cementos Diamante.

Conforme lo consignado en el marco normativo de esta providencia, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han explicado que la **compartibilidad pensional** ocurre cuando existe una pensión extralegal o convencional reconocida por parte de un empleador, pero luego, el trabajador cumple con los requisitos legales consagrados en las normas generales y Colpensiones le reconoce la pensión ordinaria, resultando que la mesada pensional extralegal o convencional **es superior a la de vejez**.

Allí surge una pensión compartida en la que el empleador debe cubrir la diferencia resultante, con el fin de no afectar los derechos adquiridos del pensionado que resultarían trasgredidos si se le disminuyera la mesada, así como para evitar imponer una carga injustificada a Colpensiones de asumir la diferencia o mayor valor al que el trabajador tiene derecho por un acuerdo emanado del derecho laboral colectivo.

En el caso concreto se encuentra probado que la mesada pensional reconocida a favor del señor Alonso Luna Ayala en el año 2002 por parte del Instituto de Seguros Sociales, ascendía a la suma de \$799.230, mientras que la mesada pensional convencional pagada por parte de su empleador, Cementos Diamante del Tolima S.A. hoy Cemex Colombia S.A., para el mismo año era de \$751.908, es decir que resultaba superior la pensión ordinaria por una diferencia de \$47.322.

Por lo anterior, para esta instancia es claro que no existe compartibilidad pensional, como quiera que la cuantía de la pensión de vejez reconocida por Colpensiones es superior a la extralegal y por ende, Cemex Colombia S.A. no comparte la obligación pensional con Colpensiones, que desde el momento en que el señor Luna Ayala adquirió su status pensional en el año 2002, es la llamada al pago completo de la pensión.

Así entonces, si bien en su momento se giró a favor del empleador Cementos Diamante del Tolima S.A., un retroactivo pensional por virtud de la Resolución 000537 del 24 de abril de 2003 y autorizado por el propio señor Alonso Luna Ayala, esto se hizo porque como empleadora y responsable de la pensión convencional, Cementos Diamante del Tolima S.A. había continuado haciendo el pago de las mesadas que desde el año 2002 ya le correspondía pagar a Colpensiones.

Sin embargo, en punto del retroactivo de la reliquidación pensional dispuesta en el acto administrativo acusado, no habría razón para dejarlo a disposición de Cementos Diamante del Tolima S.A. hoy Cemex Colombia S.A., sino del propio señor Alonso Luna Ayala, quien una vez incluido en la nómina de pensionados de Colpensiones desde el año 2003 y siendo el beneficiario del retroactivo de una pensión que no tiene carácter de compartida, es el legitimado para que las sumas resultantes sean giradas a su favor; luego entonces, no podría edificarse una causal de revocatoria directa del acto administrativo demandado, a partir del giro que del retroactivo de la reliquidación pensional se hizo a favor de su directo beneficiario, ni sería tampoco esto, una causal para su anulación por la violación directa de la ley o quebrantamiento de las normas en que debió fundarse la decisión y que es lo que se alega por parte de Colpensiones.

En verdad no fue muy acuciosa la narración que se hizo en la demanda en cuanto a las razones fácticas y jurídicas en que se finca la nulidad de la Resolución GNR 197241 del 2 de julio de 2015, limitándose la apoderada a indicar que con tal reliquidación se estableció una mesada que no le corresponde al “causante”⁷ porque era una pensión compartida, sin expresar de manera concreta en qué consistió el error, si lo fue en la aplicación de normas, en cuyo caso tendría que mencionar puntualmente cuáles sí eran las aplicables en cambio de las que se tuvieron en cuenta y por qué ello afectaba la cuantía pensional; si fue que se trató de un error aritmético, explicando cuál es el guarismo correcto y de dónde se obtiene el resultado; si el yerro lo fue en cuanto al análisis de las pruebas aportadas en sede administrativa, explicando qué premisas fácticas se tuvieron por ciertas, sin serlo o si se les dio una consecuencia jurídica distinta a la que correspondía.

Al reparar de nuevo en el texto de la demanda, se encuentra que esta se limita a mencionar las normas que tratan sobre la compartibilidad pensional; luego, se cita jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia respecto al derecho del empleador a que le sean reintegradas las sumas de dinero que ha asumido con posterioridad a la compartibilidad pensional, enfocando la presunta nulidad del acto administrativo demandado, en que se trataba de una pensión compartida y que el retroactivo debía ser girado a favor del empleador y no del pensionado, lo que precisamente coincide con las razones que en sede administrativa se esgrimieron cuando se intentó obtener la autorización del demandado para la revocatoria directa del acto acusado.

⁷ Ver pretensión 1 de la demanda en la pág. 63 del archivo “A1. 73001333300320170033100 PRINCIPAL.pdf”

No solo se incumplió la carga argumentativa para sacar adelante la pretensión de nulidad del acto administrativo demandado, sino que tampoco se cumplió con el deber de aportar las pruebas, ya de carácter documental, ora bien, un dictamen pericial, etc., que llevara al Despacho al convencimiento de que la cuantía pensional fue mal reliquidada, en detrimento de Colpensiones.

Frente a esto último, es decir, la ausencia probatoria, vale citar el artículo 167 del Código General del Proceso que preceptúa lo siguiente:

“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

*No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. **La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares...**” (Negrilla y subrayado fuera de texto).*

6. CONCLUSIÓN JURÍDICA

Si las únicas razones que se adujeron para acusar de nulo el acto administrativo demandado, consistieron en que era una pensión compartida y que el retroactivo pensional debía ser girado al empleador, no hay forma de que las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho prosperen, pues está acreditado que no se trata de una pensión compartida sino de una pensión ordinaria a cargo de Colpensiones, que como demandante incumplió su deber de demostrar que la reliquidación pensional dispuesta en la Resolución GNR 197241 del 2 de julio de 2015 a favor del señor Alonso Luna Ayala, se hubiere reconocido por un monto superior al que legalmente le correspondía, situación que lleva a denegar las pretensiones de la demanda en contra de su propio acto, incluida por su puesto, la pretensión de reintegro de dineros girados por concepto de aportes en salud al Sistema de Seguridad Social Integral.

7. COSTAS

El artículo 188 del C.P.A.C.A. señala:

“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”

Al resultar denegatorias las pretensiones de la demanda y al no tratarse de un asunto en el que se ventile un interés público, es menester proveer sobre la correspondiente condena en costas a favor de la parte accionada, ateniendo el

criterio objetivo valorativo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia calendada el 26 de julio de 2018⁸, verificando que el demandado y la vinculada contestaron oportunamente la demanda, participaron de la audiencia inicial y presentaron alegatos de conclusión, razón por la cual se fijará solo la suma de TRES MILLONES DE PESOS (\$3.000.000) por concepto de agencias en derecho a favor de estos, en partes iguales, y, se ordenará que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación de los gastos procesales en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,**

RESUELVE

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte accionante. Tásense, tomando en cuenta como agencias en derecho, la suma de TRES MILLONES DE PESOS (\$3.000.000) a favor del señor Alonso Luna Ayala y de Nueva EPS, en partes iguales. Por Secretaría liquídense.

TERCERO: De no ser apelada esta providencia, una vez en firme el auto que apruebe las costas, se ordena el archivo definitivo del expediente, previo las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIANA CAROLINA MÉNDEZ BERNAL
Jueza

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, William Hernández Gómez, radicación No. 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14)

Firmado Por:
Diana Carolina Mendez Bernal
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Oral 3
Ibague - Tolima

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **ed99d4931b26f00977c841a090793ef4922d61e0131d0eb164caac33ab2a1b7**

Documento generado en 10/04/2023 07:35:48 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>