Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00041-00

Cartagena de Indias D. T y C, Dos (02) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Radicado	**13-001-33-33-008-2017-00041-00**
Demandante	OLGA ARROYO HERNANDEZ
Demandado	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES
Tema	**Retroactivo de pensión.**
Sentencia No	**0184**

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Oral Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por **OLGA ARROYO HERNANDEZ**, a través de apoderado judicial, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**.

2. ANTECEDENTES

- **PRETENSIONES**

1. Que se declare la nulidad de los actos administrativos No. GNR302477 del 01 de octubre de 2015; GNR35098 del 02 de febrero de 2016; y VPB13328 del 22 de marzo de 2016, expedidos por COLPENSIONES.

2. Que a título de restablecimiento del derecho se ordene a COLPENSIONES pagar el retroactivo adeudado al accionante, de forma indexada.

3. Que se ordene a la demandada pagar los intereses moratorios causados por el tardío reconocimiento de las mesadas pensionales.

4. Que se ordene a COLPENSIONES que repare el daño causado con la expedición de dichas resoluciones conforme el artículo 138 de la ley 1437 de 2011.

- **HECHOS**

Como fundamentos facticos de su acción, la parte demandante, en resumen, planteó los siguientes:

1. La demandante laboró toda su vida como empleada pública del instituto de seguros sociales hasta el día 31 de marzo de 2015, fecha en la cual fue liquidado esta entidad según decreto 0553 de 27 de marzo de 2015.

2.- No obstante, el PAR ISS LIQUIDADO siguió efectuando cotizaciones, por lo que el demandante elevo derecho de petición.

3.- Mediante resolución GNR302477 del 01 de octubre de 2015 se reconoció pensión de vejez a favor de la accionante, pero en el artículo primero de esta resolución se ordenó dejar en suspenso el ingreso en nómina de la accionante hasta tanto se presentara prueba del retiro del servicio.

4.- Contra la anterior resolución se formuló recurso de reposición y subsidio apelación. El recurso de reposición se desato a través de acto administrativo No. GNR35098 del 02 de febrero de 2016, en el cual se ordenó pagar la pensión mensual en cuantia de $3.081.223.oo, con inclusión en nómina a partir de 01 de febrero de 2016.

5- mediante resolución VPB13328 del 22 de marzo de 2016 se resolvió el recurso de apelación formulado de manera subsidiaria. En esta decisión se confirmó íntegramente la resolución GNR35098 de 02 de febrero de 2016.

- NORMAS VIOLADAD Y CONCEPTO DE VIOLACION.

Legales: articulo 13 decreto 758 de 1990; ley 100 de 1993 artículos 31 y 141.

Sustenta el apoderado judicial de la parte demandante que COLPENSIONES incurrió en las causales de nulidad de falsa motivación e infracción en las normas en que debía fundarse, por las siguientes razones:

Aduce que debe condenarse a la demandada a pagar el retroactivo no reconocido al actor en las resoluciones acusadas, desde el día siguiente a su retiro del ISS, es decir, desde el 01 de abril de 2015 hasta el 01 de febrero de 2016, fecha en la cual se incluyó en nómina, dado que su relación laboral finalizó el 01 de abril de 2015 sin que posteriormente se efectuara cotización independiente alguna, siendo errónea la afirmación de que las cotizaciones reflejadas en la historia laboral del demandante a partir del 31 de marzo de 2015 "se trata de un pago como independiente agremiado", afirmación que no corresponde a la realidad, pues las cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha de retiro, se hicieron por mera liberalidad del PAR ISS LIQUIDADO.

- CONTESTACIÓN

COLPENSIONES, contestó la demanda en los siguientes términos:

De acuerdo a lo estipulado en los artículos 13 y 35 el acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de 1990, en aplicación a la remisión del artículo 31 de la ley 100 de 1993 se tiene que una vez cumplido con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, esta empezara a pagar el día siguiente en que se acredite retiro del sistema de pensiones o a la desafiliación del régimen de seguridad social.

En aquellos casos en que el afiliado sea dependiente, ha cumplido los requisitos para adquirir el derecho de pensión y no aparece acreditada la desvinculación laboral por parte del empleador, la prestación será reconocida a partir de la fecha de inclusión en nómina.

En el caso concreto no se puede acceder a la solicitud de pago de retroactivo, toda vez que consultada la historia laboral del asegurado se observó que en el momento de reconocimiento de la prestación estaba realizando aportes como trabajador independiente en calidad de agremiado a través de PAR ISS LIQUIDADO, por ello la prestación se reconoció a corte de nómina.

Propone como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, buena fe y cobro de lo no debido.

- TRAMITES PROCESALES

La demanda fue presentada el día 23 de febrero del año 2017, siendo admitida mediante auto adiado 23 de marzo de la misma anualidad, siendo notificada al demandante por estado electrónico 039.

Posteriormente fue notificada personalmente a la demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público el 30 de marzo de 2017 de conformidad con el artículo 199 del CPACA.

Posteriormente, mediante auto de fecha 10 de agosto de 2017 se citó a las partes a audiencia inicial para el día 02 de octubre de 2017, conforme con el artículo 180 del CPACA, en la cual se cerró el debate probatorio y se ordenó la presentación de alegatos orales en la misma diligencia, para lo cual se concedió un término de 10 minutos.

- ALEGACIONES

DE LA PARTE DEMANDANTE. Se ratifica en los argumentos expuestos con la presentación de la demanda (Audio)

DE LA PARTE DEMANDADA: Se ratifica en los argumentos expuestos con la contestación de la demanda (Audio)

MINISTERIO PUBLICO: No emitió concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA, revisada la etapa procesal surtida en el proceso de la referencia, el Despacho procede a constatar si hay alguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad, no encontrando ninguna causal de vicio o irregularidad.

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.

4. CONSIDERACIONES

- PROBLEMA JURIDICO

¿Le asiste a la demandante OLGA ARROYO HERNANDEZ el derecho a que se le pague el retroactivo de su mesada pensional desde el día siguiente a su retiro del Instituto De Seguros Sociales, es decir, desde el 01 de abril de 2015 hasta el 01 de febrero de 2016?

- TESIS

Se encuentra acreditado que la demandante, señora OLGA ARROYO HERNANDEZ, nació el día 07 de agosto de 1957, lo cual quiere decir que para el 1° de Abril de1994, contaba con más de 35 años de edad, y laboró más de 15 años (fl 23-26), desempeñando como último cargo el de JEFE DEPARTAMENTO I, según se desprende de certificación obrante a folio 48; lo que significa que le es aplicable las disposiciones de la Ley 33 de 1985.

Igualmente se demostró que finiquitó su relación legal y reglamentaria con el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el día 31 de marzo de 2015, en razón al proceso de liquidación de que fue objeto esta institución, motivo por el cual se efectuó liquidación y pago de prestaciones sociales definitivas a través de resolución No. 8898 de 12 de marzo de 2015 (folio 53-55).

Así pues, teniendo en cuenta que el disfrute de la pensión de jubilación o de vejez se configura a partir de la fecha de desafiliación al sistema de pensiones y que se encuentra suficientemente demostrado que la accionante se desvinculó laboralmente y desafilio del sistema desde el 31 de

marzo de 2015; esta Judicatura no tiene opción jurídica distinta a la de decretar la nulidad de los actos administrativos demandados, y en consecuencia, ordenar el pago del retroactivo adeudado desde 01 de abril de 2015 hasta 01 de febrero de 2016.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

En Colombia existe un Sistema de Seguridad Social Integral en desarrollo de la Constitución Política; y para tal efecto se expidió la Ley 100 de 1993 que creó el Sistema de Seguridad Social Integral; el sistema está conformado por Subsistemas, entre ellos el de pensiones y el de salud, y tiene como objetivos garantizar las prestaciones económicas y de salud de los afiliados y procurar la ampliación de la cobertura hasta lograr que toda la población acceda al sistema, por ello es progresivo y se rige por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, lo que garantiza que todas la personas tengan acceso al reconocimiento y pago de una pensión de vejez y especialmente aquellas que han trabajo y cotizado para ello.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece el régimen de transición de la siguiente manera:

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

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

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE."

De la norma transcrita, se concluye que el legislador estableció una excepción a la aplicación universal del nuevo sistema en pensiones para quienes al 1o de abril de 1994, hubieren cumplido 35 años si son mujeres o 40 años si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados, indicando que a ellos se les aplicaria lo establecido en el régimen anterior a la Ley 100 de 1993, en cuanto al tiempo de servicio, número de semanas cotizadas y el monto de la pensión.

Por su parte el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 consagraba lo siguiente:

"Artículo 1°. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos o llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio".

"No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquéllos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.".

Así, la Ley 33 de 1985, aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes, establece que para acceder a la pensión ordinaria de jubilación el empleado oficial debe haber servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegar a la edad de cincuenta y cinco años (55), caso en el cual la respectiva Caja de Previsión le pagará una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Respecto al momento en que el afiliado inicia el disfrute de su pensión de jubilación, el Consejo De Estado- Sala De Lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda En sentencia del 01 de agosto de 2013, con MP GERARDO ARENAS MONSALVE y Radicación número: 11001-03-25-000-2009-00090-00(1211-09), señaló lo siguiente:

> *"Así la adquisición del estatus de pensionado acontece con la concurrencia de los dos requisitos señalados por la norma precitada (artículo 33 de la Ley 100 de 1993), relativos al tiempo de servicios y a la edad. De modo que siendo claro en qué momento se adquiere el derecho pensional, observa la Sala que el actor lo confunde con la obligación de pago de las mesadas pensionales, en cuanto no distingue que la causación del derecho pensional y su disfrute, son conceptos diferentes que fácticamente pueden o no coincidir en el tiempo. Este es el sentido que tienen los artículos 13 y 35 del Acuerdo 49 de 1990, que diferencian entre causación y disfrute de la pensión de vejez, al señalar que ésta se reconoce –causación- cuando se reúnen los requisitos mínimos, pero para el disfrute de la misma –pago de mesadas-, es necesaria la desafiliación al régimen, o el retiro del servicio, según el caso, como lo indica el artículo 35 ídem".*

Más adelante, en la misma providencia, se indica que:

> *"El referido numeral está dirigido al afiliado dependiente que cumplió con los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, pero en su historia laboral no aparece registrado el retiro del Sistema General de Pensiones, entonces se dispone que "la pensión debe reconocerse a partir de la fecha de inclusión en nómina", sin que sea relevante si el afiliado dejó de cotizar. Sin embargo se le da la posibilidad al trabajador o al empleador de probar la desvinculación laboral, para solicitar el retiro retroactivo del sistema y así proceder a modificar la fecha desde la que se genera el pago de las mesadas. De manera que ya no sería a partir de la inclusión en nómina sino desde la fecha del retiro laboral".*

Igualmente, el máximo órgano de la jurisdicción Contenciosa Administrativa, manifestó en aquella providencia:

> "... ***Vigencia del Acuerdo 49 de 1990***

Según el artículo 31[1] de la Ley 100 de 1993, al régimen de prima media le son aplicables las disposiciones anteriores del seguro de pensiones del ISS que no contraríen las regulaciones del sistema creado por la Ley 100.

Así entre otras reglas continúan siendo aplicable, la prevista en el Acuerdo 49 de 1990, artículos 13 y 35, según la cual efectuado el reconocimiento de la pensión al afiliado "será necesaria su desafiliación al régimen para que pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada" y "Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión...".

i) ***De la causación y el disfrute de la pensión de vejez.***

El actor en el escrito de la demanda afirma que los artículos 13 y 35 del Acuerdo 49 de 1990, y las Circulares 521 de 2002 y 2643 de 2006 establecen un requisito adicional para el reconocimiento de la pensión de vejez, que no está previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (edad y tiempo de servicio), consistente en que se exige el retiro laboral del trabajador para que tenga derecho a la pensión.

A este respecto, se considera necesario precisar que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, contiene los requisitos en el régimen de prima media con prestación definida para tener derecho a la pensión de vejez, esto es, para la causación o adquisición del estatus pensional, indicando:

"ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. (...)"

Así la adquisición del estatus de pensionado acontece con la concurrencia de los dos requisitos señalados por la norma precitada, relativos al tiempo de servicios y a la edad. De modo que siendo claro en qué momento se adquiere el derecho pensional, observa la Sala que el actor lo confunde con la obligación de pago de las mesadas pensionales, en cuanto

---

[1] *"ARTÍCULO 31. CONCEPTO. El régimen de Prima Media con Prestación Definida es aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas, de acuerdo con lo previsto en el presente Título.*

Serán aplicables a este régimen las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley."

no distingue que la causación del derecho pensional y su disfrute, son conceptos diferentes que fácticamente pueden o no coincidir en el tiempo.

Este es el sentido que tienen los artículos 13 y 35 del Acuerdo 49 de 1990, que diferencian entre causación y disfrute de la pensión de vejez, al señalar que ésta se reconoce –causación- cuando se reúnen los requisitos mínimos, pero para el disfrute de la misma –pago de mesadas-, es necesaria la desafiliación al régimen, o el retiro del servicio, según el caso, como lo indica el artículo 35 idem.

En este orden de ideas, la causación del derecho pensional "ocurre desde el momento mismo en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de edad y densidad de cotizaciones exigidos normativamente"[2], mientras que el disfrute de la misma "apunta a que, para comenzar a percibir las mesadas pensionales, se requiere la desafiliación del régimen"[3], situación que está relacionada con el momento a partir del cual se genera el pago de mesadas retroactivas.

Así las cosas se concluye que, carece de fundamento la solicitud de nulidad del actor, pues la desafiliación al sistema es un requisito para el disfrute de la pensión pero no de la causación del derecho.

ii) De la desafiliación al sistema general de pensiones y del retiro del servicio.

El accionante manifiesta que la desafiliación al régimen exigida por las normas demandadas, que en su criterio es un requisito adicional para adquirir el derecho pensional, es sinónimo de desvinculación laboral o retiro del servicio del trabajador.

Sobre este punto se resalta que el artículo 13 del Acuerdo 49 de 1990 indica que es necesaria la desafiliación al régimen para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, y que el artículo 35 idem establece que las pensiones del Seguro Social se pagarán previo retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso. Al utilizar la vocal "o", el acuerdo no consagra que sean categorías sinónimas, sino que prevé la aplicación de la norma cuando se trata de un trabajador particular o de un servidor público, así en el primer caso se exige la desafiliación y en el segundo el retiro del servicio.

En este sentido el artículo 19 de Ley 344 de 1996[4], norma aplicable a los servidores públicos, precisa que el disfrute de la pensión de vejez y la permanencia en el servicio son incompatibles, así:

"ARTÍCULO 19. Sin perjuicio de lo estipulado en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, el servidor público que adquiera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso. Los docentes universitarios podrán hacerlo hasta por diez años

---

[2] *Corte Suprema de Justicia, sentencia del 24 de marzo de 2000, radicación 13425, citada en las sentencias de 20 de junio de 2012, M.P. Camilo Tarquino Gallego, radicación No. 41754, y de 19 de julio de 2011, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, radicación No. 38375.*

[3] *Corte Suprema de Justicia, sentencia de 7 de febrero de 2012, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno, radicación No. 39206.*

[4] *Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-584 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz*

más. La asignación pensional se empezará a pagar solamente después de haberse producido la terminación de sus servicios en dichas instituciones."

El fundamento de dicha incompatibilidad es la racionalización del gasto público, de modo que cuando la persona decide seguir vinculada al servicio público, el fondo de pensiones cuenta con ese dinero para las funciones solidarias y su opta por disfrutar de la pensión, se permite el acceso de otra persona al cargo.

Visto lo anterior, se tiene que el retiro del servicio o desvinculación laboral, es la terminación de la relación laboral o legal y reglamentaria del trabajador o servidor, mientras que la desafiliación del régimen hace referencia al retiro del sistema general de pensiones.

Ahora, bien puede acontecer que la desafiliación al sistema general de pensiones concurra con la desvinculación laboral, como sucede en el caso del trabajador que en forma concomitante con la adquisición del estatus pensional, se retira del servicio, desafiliándose del sistema de pensiones; pero el afiliado, tiene otra opción, y es que habilitado por el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, puede cesar en el pago de las cotizaciones a pensión, bajo la condición que haya cumplido los requisitos para pensionarse.

Así, aunque la cotización a pensiones para el afiliado con vínculo de dependencia laboral, es consecuencia de la relación laboral o de la actividad remunerada, como lo ordena el inciso primero del artículo 17 de la Ley 100 de 1993 (mod. art. Ley 797 de 2003), el segundo inciso del artículo en comento contempla una excepción, al señalar que dicha obligación de cotización cesa cuando el afiliado reúne los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, se pensione por invalidez o anticipadamente.

La Corte Constitucional declaró la exequibilidad del inciso 2 del artículo 17 de la Ley 100 de 1993 (mod. art. 4 de la Ley 797 de 2003) en la sentencia C-529 de 2010[5], al considerar lo siguiente:

"Es importante señalar que la cesación de la obligación de cotizar al ocurrir el supuesto establecido en la norma acusada –que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez-, no se extiende a las obligaciones derivadas del sistema de seguridad social en salud o del sistema general de riesgos profesionales. Las causales de extinción de la obligación de cotizar a estos sistemas se rigen por reglas distintas, y la cesación de la obligación de cotizar de que trata la norma demandada, sólo se circunscribe al sistema pensional. En consecuencia, la declaratoria de exequibilidad de ella no implica que quienes sigan vinculados laboralmente, o por contrato de prestación de servicios, queden eximidos de sus obligaciones para con el sistema de salud o de riesgos profesionales. Por el contrario, deben seguir aportando a dichos sistemas, en la medida en que así lo impone la continuada existencia de su relación laboral, legal, reglamentaria o contractual."

En todo caso si el trabajador decide dejar de cotizar al sistema pensional, debe desafiliarse del mismo para tener derecho a reclamar el pago de las mesadas retroactivas, cuando

[5] Sentencia de 23 de junio de 2010, Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo.

solicite el reconocimiento pensional, salvo que se trate de un servidor público, evento en el cual debe retirarse del servicio.

En suma, la desafiliación al sistema general de pensiones no es equivalente a la desvinculación laboral, como lo entiende el actor, pues -se insiste- la vinculación laboral puede continuar sin que la persona siga afiliada al sistema, en virtud de la posibilidad que tiene de desafiliarse y dejar de cotizar cuando reúne los requisitos para pensionarse.

En este orden de ideas es claro, que no asiste razón al demandante, pues las normas demandadas no obligan al afiliado a renunciar o desvincularse laboralmente para adquirir el derecho a pensionarse, sino que se reitera, lo exigido por aquéllas es la desafiliación al régimen o el retiro del servicio, como condición para poder percibir las mesadas pensionales retroactivas".

Por último, es necesario recordar que el principio de sostenibilidad financiera, incorporado a la Constitución Política a través del Acto Legislativo No. 01 de 2005, exige del legislador que cualquier regulación futura que se haga del régimen pensional debe preservar el equilibrio financiero del sistema general de pensiones, el cual en casos como estos conllevaría la cancelación de los aportes no realizados, los cuales no solo corresponden al último año de servicio sino a toda su vida laboral porque el riesgo que ampara la pensión se construyó a lo largo de todo el tiempo de servicio prestado.

Por consiguiente, de las mesadas pensionales reliquidadas se deben deducir las sumas ya pagadas y su resultado, en cada caso, constituye las diferencias a pagar por este concepto, y una vez ejecutado lo anterior la administración descontará el valor de los aportes que ordene la ley que el interesado no haya cubierto respecto de los factores que se dispusieron incluir **y que corresponden a toda su vida laboral**, pues esa es una carga del servidor público que no se puede eludir y cuyos recursos son fundamentales para que luego la entidad responsable pueda cumplir su obligación de pago.

En relación con este punto en específico el Consejo de Estado[6] ha dicho:

".... la Ley 33 de 1985 regla dos materias fundamentales, a saber: 1ª) MEDIDAS EN RELACIÓN CON LAS CAJAS DE PREVISIÓN, TENDIENTES A SU FORTALECIMIENTO y 2ª) REGULA DE MANERA "GENERAL" EL DERECHO A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN CON RELEVANCIA EN LOS APORTES SOBRE LOS FACTORES PERTINENTES Y DEROGA LA NORMATIVIDAD "GENERAL" PENSIONAL ANTERIOR CON CITACIÓN DE LOS ARTS. 27 Y 28 DEL DL. 3135/68, por lo que se entiende que a partir de su vigencia se aplica a sus destinatarios.

Ahora, el Art. 3°. de esta Ley -norma "general"- determina que se deben pagar APORTES en favor de la Caja de Previsión por las retribuciones que perciben los empleados oficiales y luego señala los factores sobre los cuales se deben liquidar Aportes a los empleados oficiales nacionales, para finalmente precisar que las PENSIONES DE EMPLEADOS OFICIALES DE CUALQUIER ORDEN se deben liquidar sobre los mismos factores por los cuales se haya aportado; pero, ese artículo 3° fue MODIFICADO por el Art. 1° de la Ley 62 de sep. 16/85, que lo reemplazó totalmente (con nuevo texto) donde se determina que los empleados oficiales deben pagar aportes a las Cajas a las cuales estén afiliados, que esos

[6] SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION 'B'. Consejero ponente: TARSICIO CACERES TORO. Sentencia del 29 de junio de 2006. Radicación número: 25000-23-25-000-2002-12720-01(6201-05. Actor: DORA ISABEL ACUÑA DE DEVIA. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL

aportes se pagarán sobre los factores remunerativos que allí se precisan y que las "las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."

No sobra advertir que ANTES DE LA EXPEDICIÓN DEL RÉGIMEN DE APORTES CON TRASCENDENCIA PENSIONAL (Ley 33/85) el Legislador previamente había consagrado la obligación de los servidores públicos de pagar un porcentaje de la retribución percibida en favor de la Entidad Prestacional con miras a que éstas tuvieran recursos con que cumplir sus obligaciones, aunque la norma no determinaba, en ese tiempo, que solo sobre los factores que se aportara se haría la liquidación pensional; más aún, algunos factores pensionales estaban exentos de pagar el porcentaje como la prima de navidad.

En fin. es importante que los servidores públicos paguen APORTES SOBRE LAS RETRIBUCIONES QUE PERCIBAN EN FAVOR DE LAS ENTIDADES PRESTACIONALES con el fin de que éstas tengan recursos con los cuales puedan cubrir sus obligaciones, más cuando no es posible admitir que un servidor EXIJA DERECHOS a una Entidad sin cumplir OBLIGACIONES con la Entidad por cuanto son correlativos el derecho y la obligación; aún más, la Jurisdicción en varias providencias ha determinado que si por causa de la Administración ya sea por omisión u orientación equívoca no se recauda el aporte de una retribución que tiene incidencia pensional, tal situación no puede constituirse en un OBSTACULO INSALVABLE para que se le tenga en cuenta en la liquidación pensional, pues basta ordenar en la Sentencia que se recaude dicho aporte, descontándolo de las sumas a pagar, con lo cual se da cumplimiento a la ley y no se causa un perjuicio al servidor público. ya que si así no se hace, bastaría la conducta omisiva del Pagador para causar una lesión económica al funcionario en materia pensional."

Bajo estos supuestos resolveremos el caso que nos ocupa.

- **CASO CONCRETO**

La señora OLGA ARROYO HERNANDEZ, a través de apoderado judicial, promovió el presente medio de control con el fin que se declare la nulidad de los actos administrativos No. GNR302477 del 01 de octubre de 2015; GNR35098 del 02 de febrero de 2016; y VPB13328 del 22 de marzo de 2016, expedidos por COLPENSIONES, y como consecuencia de ello, se proceda a pagar el retroactivo causado por el no pago de las mesadas pensionales desde 01 de abril de 2015 hasta 01 de febrero de 2016.

Sin embargo, COLPENSIONES se niega a reconocer y pagar dicho retroactivo, alegando que la accionante continuó efectuando aportes con posterioridad al 31 de marzo de 2015 como trabajador independiente en calidad de agremiado a través de PAR ISS LIQUIDADO, por ello la prestación se reconoció a corte de nómina.

Por su parte, este Despacho Judicial, luego de escrutar concienzudamente el expediente contentivo de la presente actuación, encuentra acreditado lo siguiente:

-El demandante, señora OLGA ARROYO HERNANDEZ, nació el día 07 de agosto de 1957, lo cual quiere decir que para el 1° de Abril de1994, contaba con más de 35 años de edad, y laboró más de 15 años (fl 23-26), desempeñando como último cargo el de JEFE DEPARTAMENTO I, según se desprende de certificación obrante a folio 48; lo que significa que le es aplicable las disposiciones de la Ley 33 de 1985.

-La accionante finiquitó su relación legal y reglamentaria con el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el día 31 de marzo de 2015, en razón al proceso de liquidación de que fue objeto esta

institución, motivo por el cual se efectuó liquidación y pago de prestaciones sociales definitivas a través de resolución No. 8898 de 12 de marzo de 2015 (folio 53-55).

Con dicha liquidación definitiva de prestaciones sociales se acredita la desafiliación al sistema de pensiones, así lo explica el mismo COLPENSIONES Según concepto 1901484 DE 2013 de COLPENSIONES, en el cual indica:

> *"Por lo demás, esta Sala de la Corte ha expresado que tanto la causación como el disfrute de la pensión de vejez son dos figuras jurídicas que no se confunden, porque tienen identidad y efectos propios. En el primer caso, la causación se estructura cuando se reúnen los requisitos mínimos exigidos en la ley para acceder a ella, y en el segundo, que supone el cumplimiento del primero, se da cuando se solicita el reconocimiento de la pensión a la entidad de seguridad social, previa desafiliación del régimen, por lo cual el ad quem no incurrió en el yerro jurídico que le increpa el censor.*
>
> *Sobre el particular, cabe anotar que no es exacto afirmar que la desafiliación del sistema de pensiones pueda presentarse de manera tácita, como que supone un acto de declaración de voluntad, bien sea del empleador o del afiliado, que, desde luego, debe ser conocido por la entidad de seguridad social respectiva, que habrá de tomar las medidas administrativas correspondientes para que el afiliado pueda considerarse excluido del sistema.*
>
> *Por otra parte, la falta de cotizaciones no supone necesariamente la desafiliación, porque la afiliación al sistema se mantiene así no existan cotizaciones, de modo que se trata de figuras jurídicas que, aunque íntimamente vinculadas y complementarias, son distintas".*
>
> *En virtud de lo anterior, como quiera que la desafiliación al Sistema General de Pensiones se convierte en requisito sine qua non para entrar a disfrutar la pensión de vejez una vez se han acreditado los requisitos legales para ello, solo resta establecer cuáles son los documentos pertinentes para demostrar que el retiro del Sistema se ha materializado, para lo cual es necesario citar el listado contenido en el concepto emitido el día 21 de marzo de 2012 y que a la fecha tiene plena aplicación:*

Tipo aportante o reporte de la novedad	***Prueba para desafiliación retroactiva***	***Autenticidad documental Decreto 19 de 2012***
Liquidación definitiva de salarios y prestaciones sociales a favor del trabajador.		*Copia auténtica*

> *Así las cosas, tal y como se sostiene en el escrito de solicitud, **el listado citado en precedencia es meramente enunciativo y no taxativo y/o excluyente y, por lo tanto, con el fin de acreditar la desafiliación en los casos específicos o puntuales que se presenten y que estén o no descritos expresamente, basta allegar cualquiera de los documentos enunciados para demostrar ante la entidad la fecha a partir de la cual se llevó a cabo la desvinculación laboral del afiliado**, la última cotización o el retiro definitivo del Sistema General de Pensiones, para lo cual habrá que estarse a lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 19 de 2012, en cuanto a que si bien no puede exigirse la presentación, suministro o entrega de documentos originales autenticados o copias autenticadas, tal regla no aplica para el reconocimiento o pago de pensiones". (Subrayas y negrillas del despacho)*

-Se encuentra demostrado que la accionante a través de correo electrónico enviado el 14 de septiembre de 2015 (fl 32), remitió a COLPENSIONES los documentos pertinentes en aras de acreditar su desafiliación al sistema, estos fueron:

- Copia oficio No. 007585 del 05 de febrero de 2015 donde se le informa sobre terminación de relación laboral con el ISS a partir del 31 de marzo de 2015.
- Copia resolución No. 8898 de 12 de marzo de 2015 donde se ordena pago de prestaciones sociales definitivas desde 14 de junio de 2005 hasta 31 de marzo de 2015.
- Copia de liquidación de prestaciones sociales No. 594.
- Certificación de fecha 23 de septiembre de 2015 donde se informa que se encuentra retirada del fondo nacional del ahorro.
- Copia certificación de Positiva Compañía de Seguros donde consta que esta inactiva desde 30 de marzo de 2015
- Certificación de tiempo de servicios, donde indica que laboró hasta 31 de marzo de 2015.

En este orden de ideas se encuentra suficientemente demostrado que la accionante se desvinculó laboralmente y desafilio del sistema desde el 31 de marzo de 2015, razón por la cual a partir de esa fecha se hace acreedor al disfrute de su mesada pensional. Por consiguiente, se decretara la nulidad de los actos administrativos No. GNR302477 del 01 de octubre de 2015; GNR35098 del 02 de febrero de 2016; y VPB13328 del 22 de marzo de 2016, expedidos por COLPENSIONES, por haber incurrido en falsa motivación, y en consecuencia, se ordenara a la demandada que pague el retroactivo adeudado desde 01 de abril de 2015 hasta 01 de febrero de 2016.

Las sumas reconocidas por concepto de sanción moratoria serán indexadas dando aplicación al artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que "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".

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso.

Ahora, para que proceda la condena en costas a la parte vencida en un proceso, se debe tener en cuenta que solo hay lugar a ella cuando en el expediente aparezca que se causaron y están sujetas a demostración efectiva Así lo dispone el numeral 8 de la norma citada:

"……

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."

En el presente caso el despacho estima que no es procedente la condena en costas a la parte demandante, por cuanto la finalidad de las mismas es retribuir a la contraparte los gastos en que incurrió en el ejercicio de su defensa, lo cual no se cumple en este caso porque no se observa que la entidad demandada haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.

5. DECISIÓN

Por lo anterior, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00041-00

FALLA:

PRIMERO- Declarar no probadas las excepciones presentadas por la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES según las consideraciones de la parte motiva.

SEGUNDO- Declarar nulo los actos administrativos Resolución No. GNR302477 del 01 de octubre de 2015; GNR35098 del 02 de febrero de 2016; y VPB13328 del 22 de marzo de 2016, expedidos por COLPENSIONES.

TERCERO- En consecuencia a lo señalado en el numeral anterior, **ORDÉNASE** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a pagar el retroactivo adeudado a la demandante desde el 01 de abril de 2015 hasta 01 de febrero de 2016.

CUARTO- El valor de las mesadas pensionales reconocidas se pagara de forma indexada conforme el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

QUINTO- Negar las demás pretensiones de la presente demanda

SEXTO-.Esta sentencia se cumplirá conforme a lo dispuesto en el artículo 192, 195 y 192 del C.P.A.C.A.

SEPTIMO- No condenar en costas

OCTAVO- Una vez en firme ésta sentencia, expídase copias para su cumplimiento, devuélvase a la parte el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez