



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00269-00

Cartagena de Indias D. T y C, ocho (08) de Noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Radicado	13-001-33-33-008-2016-00269-00
Demandante	ALVARO OROZCO DE AVILA
Demandado	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES
Tema	Incremento Pensión del 14%
Sentencia No	0225

1. PRONUNCIAMIENTO

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

2. ANTECEDENTES

- PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad del oficio BZ2016_2915321 -0753272 de fecha 28 de marzo de 2016, emanado de COLPENSIONES, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% al señor ALVARO ENRIQUE OROZCO DE AVILA.
2. Que se condene a COLPENSIONES, a título de restablecimiento del derecho, a reconocer y pagar a favor del demandante el incremento pensional del 14% por concepto de compañero dependiente, más las mesadas pensionales retroactivas causadas desde que se generó el derecho hasta cuando sea efectivamente incluida en la nómina de pensionados
3. Que las cifras anteriormente descritas sean debidamente indexadas y actualizadas.
4. Que se paguen intereses moratorios.
5. Que se condene a la demandada a pagar agencias en derecho el equivalente al 20% del valor de las pretensiones reconocidas.

- HECHOS

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

1-Refirió, que el señor ALVARO ENRIQUE OROZCO DE AVILA, le fue reconocida pensión de vejez el 13 de junio de 2014, con ocasión de expedición de la Resolución No. GNR 218697 emitida por COLPENSIONES, en aplicación del Decreto 758/90, sin que se hiciera pronunciamiento sobre el 14% por esposa a cargo del pensionado.

2-Relató, que el accionante se unió en matrimonio, por el rito católico, con la señora MARÍA ANTONIA RADA BLANCO, desde el 27 de enero de 1979.

3-Argumentó, que desde la celebración del matrimonio han permanecido en unión hasta la fecha y procrearon tres hijos, dependiendo dicha señora económicamente del señor ALVARO OROZCO





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00269-00

DE AVILA, toda vez que ella siempre se ha dedicado a la crianza de los hijos y las labores que demandan el sostenimiento del hogar.

4-Arguyó, que de acuerdo con el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, el accionante tiene derecho al incremento por concepto de esposa dependiente.

- **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION.**

Como normas violadas invocó los artículos 2, 6, 25 y 58 de la Constitución Política de Colombia; 36 de la Ley 100 de 1993; y 21 del Decreto 758 de 1990.

Como concepto de violación de las normas, en síntesis, planteó, lo siguiente:

Indicó, que se que en razón a que el accionante se unió en matrimonio, por el rito católico, con la señora MARÍA ANTONIA RADA BLANCO, desde el 27 de enero de 1979, y que desde la celebración del matrimonio han permanecido en unión hasta la fecha y procrearon tres hijos, dependiendo dicha señora económicamente del señor ALVARO OROZCO DE AVILA, toda vez que ella siempre se ha dedicado a la crianza de los hijos y las labores que demandan el sostenimiento del hogar, se materializan las exigencias del artículo 21 del Decreto 758 de 1990.

- **CONTESTACIÓN**

Esta contestación se hace con la garantía que le asiste a la encartada en la Constitución *Nacional* en su art. 23 y su derecho al debido proceso y a su vez el principio de contradicción, el cual abre las puertas a debate jurídico en contra peso a la causa pretendí. Igualmente se funda en el artículo 144 del Código Contencioso Administrativo y demás normas concordantes.

Es menester señalar que la ley y en la mayoría de los casos la jurisprudencia nacional, han sido rigurosos con los elementos que debe probar el actor para obtener la prosperidad de la pretensión anulatoria, imponiéndose las siguientes cargas procesales: la individualización precisa del acto que se demanda, la identificación exacta de las normas violadas y el concepto de la violación; copia del acto acusado; si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deben demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen y si se trata de un acto administrativo particular, el agotamiento previo de la vía gubernativa.

Además, una vez emitidos los actos administrativos se considera que los mismos están ajustados a derecho, esto es, a las normas jurídicas que le son de obligatoria observancia y cumplimiento. Es una presunción que la ley denomina *iuris tantum*, la cual se puede desvirtuar cuando se demuestra que se contravino el ordenamiento jurídico.

Como contrapartida necesaria y lógica de la presunción de legalidad de dichos actos, la Constitución y las leyes, en su orden, han regulado y reglamentado, la teoría de las nulidades, con la finalidad de ejercer un control a través del ejercicio de determinadas acciones sobre el actuar de la administración.

Los actos administrativos cumplidos en ejercicio de facultades regladas y de conformidad con los recaudos necesarios para su validez en cuanto a forma y competencia, deben tenerse por firmes, inamovibles y revestidos de valor de cosa juzgada en pro y en contra de los administrados y del mismo poder actuante, principio este que solo sufre excepción cuando media declaración de nulidad, ya sea en supuestos en que ha mediado error grave de derecho o aquellos otros en que los hechos en que se fundan las decisiones, carecen de existencia real y que hayan sido acreditados con maniobras dolosas o fraudulentas.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00269-00

En este orden de ideas, las causales por las cuales es procedente declarar la nulidad de un acto administrativo serían las siguientes: Violación a la ley, vicios de forma, falsa motivación y desviación de poder.

Con respecto al caso en concreto como quiera que el demandante pretende quien pretende el reconocimiento y pago de unos incrementos pensionales del 14% por cónyuge a cargo lo anterior según lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990.

En relación a las pretensiones demandadas, no es posible que se acceda a ellas, toda vez que respecto de las pensiones de vejez o de invalidez causadas en vigencia de la Ley 100 de 1993, no es procedente acceder al reconocimiento de los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, como quiera que:

(i) el artículo 22 de dicha normativa señaló de manera expresa que " *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...*", (ii) la Ley 100 de 1993, nada dispuso respecto a la concesión de tales incrementos y (iii) El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que contempla el régimen de transición, únicamente mantuvo las condiciones de edad, tiempo y monto contenidas en la legislación anterior y no se refirió a prestaciones distintas como los incrementos pensionales objeto del presente litigio.

Por lo anterior, solicito al señor de manera respetuosa se sirva absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Como excepciones de fondo, presentó las que denominó 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 06 de Julio del año 2016, en los juzgados administrativos de la ciudad de Barranquilla, posteriormente fue remitida a esta ciudad por competencia correspondiéndole por reparto a este Juzgado, y siendo admitida mediante auto adiado 28 de Noviembre de la misma anualidad, siendo notificada al demandante por estado electrónico 194.

Posteriormente fue notificada personalmente a la demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público el 19 de Enero de 2017 de conformidad con el artículo 199 del CPACA.

Posteriormente, mediante auto de fecha 28 de Junio de 2017 se citó a las partes a audiencia inicial para el día 14 de Agosto de 2017, conforme con el artículo 180 del CPACA, y se celebró audiencia de pruebas el 20 de septiembre hogañó, en la cual se cerró el debate probatorio y se ordenó la presentación de alegatos por escrito en un término de 10 días, y se emitiría sentencia dentro de los 20 días siguientes.

- ALEGACIONES

DE LA PARTE DEMANDANTE. No presentó alegatos de conclusión.

DE LA PARTE DEMANDADA:

COLPENSIONES. Esencialmente se ratifica en lo expuesto en su contestación de la demanda.

Indicando concretamente que en relación a las pretensiones demandadas, no es posible que se acceda a ellas, toda vez que respecto de las pensiones de vejez o de invalidez causadas en vigencia de la Ley 100 de 1993, no es procedente acceder al reconocimiento de los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, como quiera que:





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00269-00

(i) el artículo 22 de dicha normativa señaló de manera expresa que " *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...*", (ii) la Ley 100 de 1993, nada dispuso respecto a la concesión de tales incrementos y (iii) El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que contempla el régimen de transición, únicamente mantuvo las condiciones de edad, tiempo y monto contenidas en la legislación anterior y no se refirió a prestaciones distintas como los incrementos pensionales objeto del presente litigio.

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 corresponde al Despacho determinar si el demandante ALVARO ENRIQUE OROZCO DE AVILA tiene derecho a que se incremente su mesada pensional en un 14% por concepto de incrementos pensionales por cónyuge y/o hijo, de conformidad con el artículo 21 del decreto 758 de 1990

- TESIS DEL DESPACHO

Los incrementos pensionales regulados en este artículo del Decreto 758 de 1990 consisten en la posibilidad de aumentar la pensión en un 14% del salario mínimo legal mensual vigente, para aquellas personas pensionadas por vejez o invalidez que tengan a cargo cónyuge o compañera permanente no pensionados y en un 7% por cada uno de los hijos inválidos, no pensionados, de cualquier edad.

Una vez establecido que el actor tiene derecho a que la pensión le sea reconocida bajo el decreto 758 de 1990, recordemos los requisitos que, según el acuerdo 049 de 1990, debe cumplir el pensionado para causar el derecho a recibir tales incrementos:

- Tener una pensión mínima,
- Tener a su cargo cónyuge o compañero(a) permanente;
- Existir dependencia económica de éste último al no recibir ingreso alguno. Si desaparecen las causas que le dieron origen al incremento, bien sea porque la persona que estaba a cargo fallece, se pensiona, o sobreviene divorcio o separación, se extingue para el pensionado el derecho a recibir el incremento.

Analizando la Resolución No. GNR 218697 proferida por COLPENSIONES; observamos que la mesada pensional del señor ALVARO ENRIQUE OROZCO se estableció en el año 2014 en UN MILLÓN NOVECIENTOS SETENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS (\$1.976. 353.00) mensual, que es ampliamente superior al





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00269-00

salario mínimo que para la ese año era de seis cientos dieciséis mil pesos (\$616.000.00); razón suficiente para negar las pretensiones de este medio de control.

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

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El Decreto 758 de 1990, en su artículo 21, que el demandante señala como norma que se le debe aplicar para incrementar su pensión, señala lo siguiente:

ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN Y VEJEZ. Las pensiones mensuales de invalidez y de 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.

Los incrementos mensuales de las pensiones de invalidez y de vejez por estos conceptos, no podrán exceder del cuarenta y dos por ciento (42%) de la pensión mínima legal.

Los incrementos pensionales regulados en este artículo del Decreto 758 de 1990 consisten en la posibilidad de aumentar la pensión en un 14% del salario mínimo legal mensual vigente, para aquellas personas pensionadas por vejez o invalidez que tengan a cargo cónyuge o compañera permanente no pensionados y en un 7% por cada uno de los hijos inválidos, no pensionados, de cualquier edad.

Teniendo en cuenta que el régimen de transición definido por la ley 100 de 1993 y que finaliza en el año 2014, fue establecido como un beneficio para que los pensionados que cumplan ciertos requisitos les sean mantenidos los derechos de las leyes anteriores, es posible que una persona ya pensionada con condiciones de régimen de transición en el hoy Colpensiones y cuyos beneficiarios cumplan con los requisitos antes mencionados, pueda reclamar ese derecho que le permite la ley.

Lo primero que habría que precisarse es que de dichos incrementos pensionales por personas a cargo solamente son beneficiarios aquellos pensionados a los cuales se les reconoce su derecho con base en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en virtud de la aplicación del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cual excluye la posibilidad de que se apliquen a pensionados en virtud de otros regímenes, tales como la Ley 33 de 1985, la Ley 71 de 1988 o de regímenes especiales como los docentes, Ecopetrol o la fuerza pública o normas posteriores como la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003 y la Ley 860 de 2003,





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00269-00

incluso, para pensiones reconocidas en virtud de convenciones colectivas de trabajo o de manera voluntaria por el empleador.

Los usuarios que tienen derecho a que se les aplique el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, y en tal virtud, pueden pensionarse con base en la edad, el tiempo de servicio, el número de semanas y el monto de pensión establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados al momento de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, es necesario aclarar frente a la aplicación del decreto 758 de 1990 que en efecto, el mismo se aplica exclusivamente respecto a los factores mencionados, sin que sea posible que dicho beneficio se extienda a factores diferentes y mucho menos a otras prestaciones, por lo que teniendo en cuenta que en los términos del artículo 22 del decreto 758 de 1990 los incrementos son una prestación diferente a la pensión de vejez, tampoco es procedente concederla para los beneficiarios del régimen de transición.

Cuando la pensión sea reconocida bajo el decreto 758 de 1990, recordemos los requisitos que, según el acuerdo 049 de 1990, debe cumplir el pensionado para causar el derecho a recibir tales incrementos:

- Tener una pensión mínima,
- Tener a su cargo cónyuge o compañero(a) permanente;
- Existir dependencia económica de éste último al no recibir ingreso alguno. Si desaparecen las causas que le dieron origen al incremento, bien sea porque la persona que estaba a cargo fallece, se pensiona, o sobreviene divorcio o separación, se extingue para el pensionado el derecho a recibir el incremento.

Posición que se mantuvo incólume en pronunciamiento más reciente de la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la sentencia de tutela T-831-14, cuando expresa al respecto:

“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.

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”.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones se analizará el caso concreto.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00269-00

CASO CONCRETO

El demandante señor ALVARO ENRIQUE OROZCO DE AVILA, le fue reconocida pensión de vejez el 13 de junio de 2014, con ocasión de expedición de la Resolución No. GNR 218697 emitida por COLPENSIONES, en aplicación del Decreto 758/90, según consta a folios 13 a 15.

Manifiesta el demandante, que se unió en matrimonio, por el rito católico, con la señora MARÍA ANTONIA RADA BLANCO, desde el 27 de enero de 1979, según consta a folio 19; argumentó, que desde la celebración del matrimonio han permanecido en unión hasta la fecha y procrearon tres hijos, dependiendo dicha señora económicamente del señor ALVARO OROZCO DE AVILA, toda vez que ella siempre se, y por lo tanto sostiene que de acuerdo con el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, el accionante tiene derecho al incremento por concepto de esposa dependiente.

Teniendo en cuenta a lo anterior, y analizando la Resolución No. GNR 218697 proferida por COLPENSIONES, que señala que la el derecho pensional del demandante ALVARO ENRIQUE OROZCO se obtiene en base en el Decreto 758/90, según consta a folios 13 a 15; tendría derecho a que se realice el incremento del 14% que solicita por derecho a pensión, no obstante no basta que el actor se le haya reconocido la pensión bajo ese régimen sino que como se dejó plasmado en el acápite de normas y jurisprudencia aplicable adicionalmente se deben cumplir otros requisitos como son: (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; por ello procedemos a analizar el cumplimiento de estos requisitos.

Analizando la Resolución No. GNR 218697 proferida por COLPENSIONES; observamos que la mesada pensional del señor ALVARO ENRIQUE OROZCO se estableció en el año 2014 en UN MILLÓN NOVECIENTOS SETENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS (\$1.976. 353.00) mensual, que es ampliamente superior al salario mínimo que para la ese año era de seis cientos dieciséis mil pesos (\$616.000.00); razón suficiente para negar las pretensiones de este medio de control.

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:





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00269-00

“

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 parte demandante haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.

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,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme se explicó en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente, dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez

