



Cartagena de Indias, treinta (30) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-005-2016-00112-01
Demandante	MAGDALENA GARCÍA DE LLERENA
Demandado	COLPENSIONES
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>Confirma la sentencia - Reliquidación pensional – la actora solicita la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 con una tasa de reemplazo del 90%- además la inclusión de todos los factores salariales devengados durante los últimos 10 años de servicio – No le es aplicable el Acuerdo porque no cumple los requisitos.</i>

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 18 de septiembre de 2017, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se negó las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por la señora MAGDALENA GARCÍA DE LLERENA, por conducto de apoderado judicial.

2.2.- Demandado

La acción está dirigida en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.

2.1. La demanda¹.

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, MAGDALENA GARCÍA DE LLERENA, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la COLPENSIONES, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

¹ Fols. 2-9 Cdno 1



2.2. Pretensiones

"1) Se decrete la nulidad del acto ficto o presunto configurado por efectos de misiva enviada al hoy extinto I.S.S., sustituido o reemplazado por la Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES", por parte de mi poderdante MAGDALENA GARCIA(Sic) DE LLERENA, de fecha de marzo del año 2.012, por medio del cual se relacionan peticiones que tienen que ver como el reajuste de su mesada pensional, así como el incremento de la misma.

2) Que como consecuencia de tal reconocimiento se condene a título de restablecimiento del derecho, al reajuste del porcentaje reconocido a mi poderdante, del 75% al 90% de su IBL, así como a la cancelación del retroactivo que se cause por efectos de tal determinación;

3) Adicionalmente a tal determinación, se condene al incremento del monto de tal mesada pensional, teniendo en cuenta para ello que, no se tuvo en cuenta en el momento de la liquidación de la misma, todos los factores salariales, devengados durante los 10 últimos años de su actividad laboral;

4) Que los valores representativos de las condenas relacionadas en los acápite anteriores, sean debidamente indexadas;

5) Que así mismo se condene, al reconocimiento y pago de los intereses moratorios causados por el no pago oportuno de tales mesadas a reajustar;

6) Se condene en costas y agencias en derecho a tal ente encausado; (...)"

2.3. Hechos

La señora MAGDALENA GARCÍA DE LLERENA, laboró al servicio de varias entidades del orden público y particular, por tanto, adquirió su pensión mediante Resolución No. 670 del 10 de abril del año 2003. Sin embargo, la demandante, no se encontró conforme con dicho acto administrativo y el 26 de marzo de 2012 presentó solicitud de reliquidación pensional ante el ISS con el fin de que la pensión se reliquidara conforme al Acuerdo 049 de 1990 que le era más favorable y no con la Ley 33 de 1985 como lo había hecho la demandada, además solicitó la inclusión de todos los factores salariales devengados durante los últimos 10 años del servicio.

Frente a la solicitud de reliquidación la demandada guardó silencio.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

2.4.1. Concepto de la violación

Expone la demandante, que el régimen aplicable al caso es el contenido en el Decreto 758 de 1990, toda vez que en la misma Resolución No. 670 de 2003 donde se le reconoció la pensión, se dice tácitamente que hace parte del régimen de transición por lo que no era precisamente la Ley 33 de 1985 la





13001-33-33-005-2016-00112-01

aplicable, sino que se debió aplicar la normatividad más favorable teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 53 de la Constitución Política.

En lo concerniente a la actualización solicitada, señala la demandante que existe la necesidad de actualizar la pensión desde en el momento histórico de su reconocimiento hasta la fecha actual, lo que tiene plena aplicabilidad en el caso en atención a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en Sentencia del 22 de enero de 2000, proceso No. 30114.

2.5. Contestación de COLPENSIONES²

Por medio de escrito del 15 de febrero de 2017, la apoderada de la entidad accionada, contestó la demanda, manifestando que se opone a las pretensiones de la misma, por lo cual solicita que se nieguen las mismas.

Afirma, que las pretensiones de la actora encaminadas al reconocimiento de la reliquidación pensional conforme al Decreto 758 de 1990 no pueden prosperar puesto que dicha norma solo es aplicable de manera exclusiva a las cotizaciones realizadas al ISS y no se pueden acumular con las efectuadas a otros fondos o cajas. Que la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia ha señalado que para los beneficiarios del régimen de transición cuyo régimen anterior sea el contenido en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, la exigencia del número de semanas son las que se realizaron al ISS, pues no se permite adicionar las semanas cotizadas.

Arguyó que, una vez revisada la historia laboral de la demandante, está solo cuenta con 446,64 semanas cotizadas exclusivamente al ISS por lo que no es procedente el estudio de la solicitud presentada pues debía acreditar las semanas establecidas en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990; por otra parte, expresó que tampoco podría reconocerse la pretensión sobre el reconocimiento de la pensión con base en los 10 últimos años o la inclusión de todos los factores salariales, ya que, su prestación económica fue reconocida en el año 2003, es decir, liquidada con un IBL promedio del tiempo que le hiciera falta, entre el 1° de abril de 1994 y la fecha de retiro definitivo del servicio oficial. Finalmente indicó que, respecto a los factores salariales, solo se tendrán en cuenta los establecidos en el Decreto 1158 de 1994, sin ser procedente la inclusión de otros más.

III. – SENTENCIA IMPUGNADA³

Por medio de providencia del 18 de septiembre de 2017, la Juez Quinto Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, negando las pretensiones de la demanda.

² Fols 42-46 Cdn 1.

³ Fols 74 – 82 Cdn 1.





13001-33-33-005-2016-00112-01

La Juez de Primera Instancia estimó que la demandante no le asiste el derecho al reajuste de la pensión de jubilación por haberle sido reconocida en calidad de servidora pública con la Ley 33 de 1985, por tanto, no le es aplicable el Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Decreto 758 del mismo año, porque al entrar a regir la Ley 100 de 1993 la actora no se encontraba afiliada al ISS, que solo tuvo afiliación a partir del año 1995. Igualmente, determinó la *A quo* que era mucho más favorable el régimen de la Ley 33 de 1985 que la norma pretendida en cuanto a los valores de la liquidación porque la norma fue aplicada en su integridad por la demandada, es decir, el 75% promedio de los factores salariales devengados durante el último año de servicio.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN⁴

Por medio de escrito del 13 de octubre de 2017, la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, e indica que insiste en el reajuste del valor pensional teniendo en cuenta que la demandada no tuvo en cuenta el reconocimiento del derecho del 90% como tasa de reemplazo y los factores salariales devengados por la actora durante los últimos 10 años de servicios, los cuales se encuentran demostrados en las pruebas acompañadas con la demanda.

Arguyó que no se pueden perder de vista el artículo 53 de la Constitución Política que alude al principio de la condición más beneficiosa que hace destacar la prelación de la normatividad más favorable a los intereses del pensionado, argumento que no tuvo en cuenta el Juez de Primera Instancia.

Que en la demanda se trajo a colación la jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con la aplicabilidad del artículo 12 del Decreto 758 de 1990, en lo concerniente a la concurrencia de cotizaciones al sistema de pensiones o cajas de previsión, o al extinto ISS, indicando que no es forzoso que todo se haya cotizado al Seguro Social, por tanto, no era procedente que a la actora se le aplicara el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 que establece como único porcentaje el 75%, aunque se haya cotizado más de 1250 semanas por ello, lo mejor en aplicación del principio de favorabilidad era aceptar el régimen de Decreto 758 de 1994 que reconocía a favor de la demandante el 90% del Ingreso Base de Cotización. Criterio anterior que no fueron tenidos en cuenta por la demandada.

V.- TRÁMITE PROCESAL

Por acta del 28 de noviembre de 2017⁵ se repartió el proceso entre los magistrados que integran el Tribunal Administrativo de Bolívar,

⁴ Fols. 89-91 Cdo no 1.

⁵ Fol. 2 C 2º Instancia





13001-33-33-005-2016-00112-01

correspondiéndole a este despacho, por lo que, mediante providencia del 6 de abril de 2018⁶, se dispuso la admisión de la apelación en este Tribunal; y, con auto del 10 de julio de 2018⁷, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante: La parte accionante no presentó escrito de alegatos.

6.2. Alegatos de la parte demandada⁸: Esta entidad, presentó su escrito el 17 de julio de 2018, solicitando que se confirme la decisión de primera instancia ratificándose en los argumentos la contestación de la demanda.

6.3. Concepto del Ministerio Público: No presentó concepto.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Control de legalidad

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

7.2. Competencia.

El Tribunal es competente para conocer en primera instancia de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

7.3. Acto administrativo demandado.

Acto ficto del 26 de enero de 2012, por medio del cual se negó la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante.

7.4 Problema jurídico.

La Sala procederá a resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Si la demandante tiene derecho a que se le aplique el Acuerdo 049 de 1990 respecto a la tasa de reemplazo, por remisión del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que la misma no cumple el requisito de las

⁶ Fol. 4 y vto. C 2ª Instancia

⁷ Fol. 8 C 2ª Instancia

⁸ Fols. 11-12 C 2ª Instancia



13001-33-33-005-2016-00112-01

500 semanas cotizadas al ISS durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o la de las 1000 semanas en cualquier tiempo?

7.5. Tesis de la Sala

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, puesto que, (i) si bien la actora es beneficiaria del régimen de transición dispuesto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, la normatividad anterior aplicable es la Ley 33 de 1985 como en efecto se hizo, y no el Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Decreto 758 del mismo año, como lo pretendía la demandante. Lo anterior, en razón a que, la actora no cumplió con el requisito dispuesto en el literal b) del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, es decir, con haber tenido 500 semanas durante los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 semanas en cualquier tiempo, en ambos casos cotizadas exclusivamente al ISS; puesto, como quedó demostrado en el interior del proceso, la demandante solo logró cotizar al ISS, un total de 446.43⁹.

7.6 Marco Normativo y Jurisprudencial

7.6.1. Régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

La Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, con desarrollo del artículo 48 de la Carta Política del 1991, en su artículo 36 reglamentó el régimen de transición pensional, el cual señala que: *"la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad sin 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..."*.

De acuerdo con lo anterior, se encuentran cobijados por el régimen de transición los trabajadores que a la entrada en vigencia de la mencionada Ley (1° de abril de 1994 para empleados del orden nacional y 30 de junio 1995 para empleados territoriales), contaban con 35 años de edad o más si son mujeres, o con 40 años o más si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, a quienes las condiciones de acceso al derecho pensional como la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, se regulan por la normatividad establecida en el régimen anterior al que se encontraran afiliados.

⁹ Fols. 54 Cdno 1, Cd Contentivo del Expediente Administrativo de la demandante "reporte".





13001-33-33-005-2016-00112-01

Así mismo, el parágrafo 4º transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005 señaló que el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 finalizaría el 31 de julio de 2010 y que podría extenderse hasta el año 2014 a quienes tuvieran cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicio al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia de esta última disposición.

Debe precisarse que el régimen que regulaba las pensiones de los empleados públicos con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social establecido en la Ley 100 de 1993, es el dispuesto en la Ley 33 de 1985, promulgada el 13 de febrero del mismo año, la cual exige que para obtener la pensión ordinaria de jubilación el empleado oficial haya servido 20 años continuos o discontinuos y tenga 55 años de edad.

Basta ratificar entonces, que una vez determinada la condición de una persona como beneficiaria del régimen de transición, se impone la aplicación de la Ley 33 de 1985 como norma anterior, la cual dispuso en su artículo 1º, que el empleado público tendrá derecho al pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio base para los aportes durante el último año de servicio.

Señaló, además, en su artículo 3º, los factores que deben servir para determinar la base de liquidación de los aportes, así:

"ARTICULO 3o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, 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."

La disposición antes referida fue modificada por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, que respecto a los elementos salariales para el reconocimiento de la pensión de jubilación, estableció:



13001-33-33-005-2016-00112-01

"ARTÍCULO 1. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En todo caso 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."

En suma, las disposiciones antes transcritas, indicaban que quienes accedían a la pensión de jubilación, al amparo de la regla general señalada en el primer inciso del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, su liquidación debía realizarse con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, teniendo en cuenta los factores indicados en el artículo 3º de la misma ley, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

7.6.2. Pensión por vejez establecida en el Acuerdo 049 de 1990, reglamentado por el Decreto 758 del mismo año.

En virtud del régimen de transición pensional establecido en la Ley 100 de 1993, es posible obtener la pensión de vejez conforme a las reglas del Seguro Social vigentes con anterioridad a la Ley 100, esto es, aplicando el último reglamento pensional del Seguro Social anterior a la mencionada ley, y que se consagró en el Acuerdo 049 de 1990 del ISS, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Es así que, existe la posibilidad de acceder a una pensión en virtud de las normas anteriores, en tal sentido para aquellos que se benefician de la transición, se les debe tener en cuenta que la Ley 100 de 1993, al fijar nuevas reglas y requisitos para el reconocimiento de las pensiones, dispuso igualmente un régimen de transición pensional –en su artículo 36- conforme al cual quienes cumplieran determinados requisitos para ser sujetos de dicho régimen, tendrían derecho a que su pensión se reconociera con los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto o cuantía de la pensión del régimen que anteriormente les fuera aplicable.





13001-33-33-005-2016-00112-01

Entonces es posible obtener la pensión de vejez conforme a las reglas del Seguro Social vigentes con anterioridad a la Ley 100, esto es, aplicando el último reglamento pensional del Seguro Social anterior a la mencionada ley, y que se consagró en el Acuerdo 049 de 1990 del ISS, aprobado por el Decreto 758 de 1990. Igualmente, en virtud del régimen de transición, también es posible obtener la pensión de jubilación del sector público, tanto la del régimen general –establecida en la Ley 33 de 1985- como la que corresponda a los regímenes especiales oficiales vigentes con anterioridad a la Ley 100.

En este contexto el régimen de transición, es posible también para quienes no tienen los requisitos del Seguro Social, ni los requisitos de la pensión oficial anteriores a la Ley 100, pero son sujetos del régimen de transición, obtener la pensión de jubilación con la suma del tiempo cotizado al Seguro Social y el tiempo cotizado como servidor público a cajas de previsión.

El Acuerdo 049 de 1990, en torno al reconocimiento de la pensión de vejez consagró en su artículo 12 los requisitos esenciales para ser beneficiario de dicha prestación:

"ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSION POR VEJEZ. 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 (1.0.00) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo."

Y en su artículo 20 estableció:

"II. PENSION DE VEJEZ.

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. (...)"

De las normas citadas, se tiene que el régimen pensional anterior, propio de los afiliados al Instituto de Seguros Sociales, exige para ser beneficiario de la misma, la edad de 60 años para los hombres y 55 años para las mujeres, además de



13001-33-33-005-2016-00112-01

haber cotizado mínimo 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad exigida o 1000 semanas en cualquier tiempo. En cuanto a la cuantía, el Acuerdo citado refiere que en principio la pensión equivaldrá al 45% del salario mensual de base, el cual se deduce de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas 100 semanas, no obstante, frente al porcentaje, indica la disposición que se aumentará en el 3% por cada 50 semanas de cotización acreditadas con posterioridad a las primeras 500, sin que el valor total de la pensión, pueda superar el 90% del salario mensual base o ser inferior al salario mínimo legal mensual.

Cabe decir, que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se derogó el régimen pensional del Acuerdo 049 de 1990, al igual que los demás regímenes pensionales aplicables al sector público, sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes causaron el derecho pensional antes de la vigencia de aquella, y del régimen de transición previsto en el artículo 36 ibídem.

En el mismo sentido, y no obstante las reformas orientadas a su desmonte, también los beneficiarios del régimen de transición -y los beneficiarios de éstos- afiliados del ISS, conservaron el derecho a obtener las pensiones con arreglo a las previsiones de dicho acuerdo, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa. Así, cuando se evalúa el derecho pensional de empleados públicos afiliados al ISS que, por lo mismo, son sujetos potenciales del régimen de transición oficial (Ley 33 de 1985 -o incluso de la Ley 71 de 1988-), la jurisprudencia del Consejo de Estado ha convenido que procede el reconocimiento transitorio de la pensión de jubilación de éste último régimen por parte de la entidad empleadora, hasta cuando el servidor o ex servidor cumpla los requisitos que el sistema pensional del Acuerdo 049 de 1990 exige para obtener la pensión de vejez.

También la Corte Constitucional ha reconocido la posibilidad de que quienes estuvieron afiliados al seguro social, y por consiguiente, son beneficiarios del régimen establecido en el Acuerdo 049 de 1990, por virtud de la transición, acumulen los aportes que hubieren realizado a las cajas de previsión social, para efectos de completar los requisitos exigidos por el acuerdo en orden a acceder a la pensión de vejez, bajo la consideración de que no existe en aquél ninguna disposición que exija fidelidad en la cotización.¹⁰

En todo caso, debe advertirse que en estas hipótesis, la aplicación del Acuerdo 049 tiene como premisa que la entidad a cuyo cargo esté el reconocimiento pensional corresponda al ISS, precisamente por tratarse de un reglamento privativo, aplicable a sus afiliados.

¹⁰ T-090 de 2009, T-398 de 2009, T-583 de 2010, T-093 de 2011, T-1334 de 2011, T-599 de 2011.





13001-33-33-005-2016-00112-01

Por ello, debe concluirse que la posibilidad de aplicar el Acuerdo 049 de 1990 sin tener en cuenta la teoría de fidelidad y restricción, se limita a aquellos casos en donde la persona busca obtener la pensión y no cumple con los requisitos de las semanas señalado en el artículo 12 ibídem, entonces es dable acumular tiempos cotizados en el sector público y en el privado; y no cuando lo que se pretenda sea reliquidar la mesada pensional.

7.7. Caso concreto.

7.7.1 Hechos relevantes probados.

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- Resolución No. 670 del 10 de abril de 2003 por medio de la cual se concedió pensión de vejez a la señora MAGDALENA GARCÍA DE LLERENA a partir de mayo 1° de 2003. (Fols. 10-11 del Cdno 1)
- La actora, presentó petición ante el ISS, solicitando la reliquidación de su pensión de vejez con un porcentaje del 90% aplicando el Acuerdo 049 de 1990 y tener en cuenta los factores devengados durante los últimos 10 años de servicios. (Fol. 12 del Cdno 1)
- Acta de posesión No. 173 del 21 de junio de 1978 mediante la cual la demandante se posesionó como Auxiliar Dietética del Hospital Universitario de Cartagena y Resolución 115 del 19 de abril de 1978 por la cual se realizó nombramiento dentro de la plaza personal del Hospital Universitario de Cartagena. (Fol. 54 CD contentivo expediente Administrativo)
- Certificación laboral expedida el 26 de junio de 2001 por la E.S.E. Hospital Universitario de Cartagena, según la cual hace constar que la actora laboraba en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales desde el 1° de abril de 1978. (Fol. 54 CD contentivo expediente Administrativo)
- Que la actora laboró al servicio del Hospital Universitario de Cartagena hasta el 4 de junio de 2003, fecha en que le fue aceptada la renuncia al cargo que venía desempeñando. (Fol. 54 CD contentivo expediente Administrativo)
- Certificados de información laboral para emisión de bonos pensionales, expedidos por la E.S.E. Hospital Universitario de Cartagena (Fol. 54 CD contentivo expediente Administrativo)
- Reporte de semanas cotizadas por la actora a partir de 1 de agosto de 1995 (Fol. 54 CD contentivo expediente Administrativo)



- Certificados de Recursos Humanos de la E.S.E. Hospital Universitario de Cartagena donde consta los salarios devengados por la actora desde el año 1994. (Fols. 13-21 del Cdno 1)
- Que la actora nació en el 8 de octubre del año 1941 como consta en el Registro Civil de Nacimiento que aparece en el CD contentivo del expediente Administrativo. (Fol. 54)

7.7.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

Conforme con las pruebas allegadas al plenario, se encuentra acreditado que mediante Resolución No. 670 de 10 de abril de 2003, el Instituto de Seguros Sociales concedió a la demandante una pensión de jubilación conforme lo establece el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, dado que contaba con más de 20 años de servicio y más de 55 años de edad, con un tiempo de cotización de 1081 semanas divididas en 6210 días a favor del Hospital Universitario de Cartagena y 1357 días cotizados al ISS. (Fols. 10-11).

En aras de resolver el primer problema jurídico, se precisa que la demandante es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, dado que a su entrada en vigencia contaba con más de 35 años de edad y más de 15 años de servicio por haber nacido en el 8 de octubre de 1941 y estar trabajando en el Hospital Universitario de Cartagena desde el 1° de abril de 1978 (Fol. 54 CD), razón por la cual es procedente realizar el estudio pensional conforme las normas anteriores al régimen general de pensiones establecido en la Ley 100.

La demandante solicita que por favorabilidad se le aplique el Acuerdo 049 de 1990, pues con este, su tasa de reemplazo sería hasta un 90% del ingreso base de liquidación; por su parte, la entidad demandada alega que no es posible reliquidar la pensión en los términos de la citada norma, teniendo en cuenta que solo cuenta con 446.64 semanas cotizadas exclusivamente al ISS por lo que no acreditó el requisito establecido en el artículo 12 del Acuerdo citado.

El Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, cuya aplicación solicita la actora, estableció en su artículo 12 los requisitos para obtener la pensión, exigiendo la edad de 60 años si es hombre o 55 años de edad si es mujer, además de 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 mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Seguido, tenemos que a la entrada en -vigencia de la Ley 100 de 1993 la asegurada se encontraba afiliada al Fondo de Previsión del Departamento de Bolívar, razón por la que, en principio, la norma aplicable en virtud del régimen



13001-33-33-005-2016-00112-01

de transición de la Ley 100 de 1993 sería la Ley 33 de 1985, "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público." Y que solo fue afiliada al ISS a partir del 1 de julio de 1995.¹¹

De tal manera, en aplicación del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, al 8 de octubre de 1996 fecha en la que la actora cumplía la edad mínima exigida por la norma (55 años), solo había cotizado 113,30¹² semanas al ISS, es decir, no había cumplido con el requisito de las 500 semanas cotizadas al ISS durante los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima; Igualmente, al 30 de mayo de 2003 fecha en la que se realizó la última cotización, la actora había cotizado un total de 446,43 semanas, por lo tanto, no es merecedora del beneficio establecido en la presente norma.

Sin embargo, es cierto que en varios casos la Corte Constitucional ha señalado que es posible acumular los tiempos de servicio cotizados a los fondos de previsión social con las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales, en tanto que el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 no exige que las cotizaciones se efectúen de manera exclusiva en este último¹³, así en la sentencia T 760 de 2013 indicó:

"En definitiva, ante la necesidad de unificar la postura de la Corte Constitucional en el asunto del que ahora se ocupa la Sala, se concluye que la interpretación que más se acompasa con los principios de favorabilidad y pro hominem, es la que, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, permite acumular los tiempos cotizados a entidades públicas y a empleadores privados, para que aquellas personas que acrediten 500 semanas de cotización dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, accedan a la pensión de vejez". (Subrayado fuera del texto)

En tales circunstancias, en todo caso de acumulación de tiempos cotizados en otros fondos con los cotizados al Instituto de Seguros Sociales, para efectos del Acuerdo 049 de 1990, reglamentado por el Decreto 758 de 1990, en aplicación del precedente constitucional¹⁴, (i) estos tiempos cotizados, o por lo menos parte de ellos, deben haber sido laborados en el sector privado, lo que no ocurrió en el caso particular, dado que durante toda su vida laboral la demandante se desempeñó como empleada pública de la E.S.E. Hospital Universitario de Cartagena; y (ii) se permite la acumulación a fin de poder adquirir el derecho pensional, es decir, acceder a la pensión de vejez, no a efectos de reliquidación pensional como lo pretende la demandante.

¹¹ Fols. 54 CD expediente administrativo

¹² Ibídem. "reporte" arrojado por Colpensiones, en el que indica la fecha desde fueron realizadas las cotizaciones y las semanas cotizadas.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2010.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia 057 de 2018.



Así las cosas, por estar encaminada la pretensión de la actora a obtener la reliquidación pensional con un régimen diferente con el que fue pensionada, y tratándose del Acuerdo 049 de 1990, no es posible que se le pueda aplicar, por falta del cumplimiento de los requisitos del artículo 12 ibídem, que para el caso de reliquidación, exige que los tiempos devengados hayan sido cotizados de manera exclusiva al ISS. Por ello, le asiste razón a la entidad demandada al afirmar que la única norma aplicable a la demandante, en virtud del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, es la Ley 33 de 1985, la cual regula el régimen prestacional de los servidores públicos.

7.9 Conclusión

En ese orden de ideas, considera esta Corporación confirmar la sentencia de primera instancia, toda vez que, que no es procedente la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, reglamentado por el Decreto 758 de 1990, a la pensión de la actora porque a pesar de ser beneficiaria del régimen de transición señalado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la norma aplicable resulta ser la Ley 33 de 1985, como en efecto se realizó.

VIII.- COSTAS

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, se deberá condenar en costas a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. En consecuencia, se condenará en costas, en esta instancia, a la parte demandante, las cuales deberán ser liquidadas por el juzgado de primera instancia, atendiendo lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

IX.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 18 de septiembre de 2017, proferida por la Juez Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena que negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la parte vencida, MAGDALENA GARCÍA DE LLERENA, conforme a lo establecido en los art. 188 del CPACA y del 365 - 366 del CGP.



13001-33-33-005-2016-00112-01

CUARTO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación

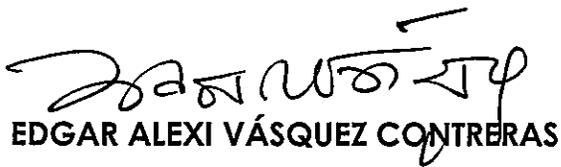
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 59 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS



CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

