Cartagena de Indias D.T y C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicado	**13-001-33-33-002-2014-00346-01**
Demandante	**MARTIN HUMBERTO GARCÍA ÁLVAREZ**
Demandado	**DISTRITO DE CARTAGENA - COLPENSIONES**
Tema	*Reconocimiento de pensión de invalidez antes de la expedición de la Ley 100 de 1993.*
Magistrado Ponente	**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

II.- PRONUNCIAMIENTO

Incumbe a la Sala[1], dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso de la referencia, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha del 30 de junio de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que corresponda.

III.- ANTECEDENTES

3.1 LA DEMANDA[2].

A través de apoderado judicial, el señor MARTIN HUMBERTO GARCÍA ÁLVAREZ, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del DISTRITO DE CARTAGENA, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

[1] Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.
[2] Folios 1-16 del C. Ppal No. 1

3.1.1 Pretensiones[3]

PRIMERO: Que se declare la nulidad del acto administrativo expreso contenido en la Resolución 001019 del 23 de abril de 2004, y la Resolución 0907 del 27 de mayo de 2005, expedidas por el Instituto de Seguro Sociales.

SEGUNDO: Que se declare la nulidad de los actos fictos negativos, constituidos por la falta de respuesta a las peticiones de invalidez del 1 de marzo de 2011, dirigidas al ISS y al Distrito de Cartagena.

TERCERA: Como consecuencia de lo anterior, se determine cuál de las dos entidades demandadas es la encargada de asumir el reconocimiento de la pensión de invalidez en favor del actor.

CUARTO: Que se ordene a Colpensiones y/o a la Alcaldía de Cartagena el reconocimiento de una pensión de invalidez en favor del señor MARTIN HUMBERTO GARCÍA ÁLVAREZ, así como el pago de las correspondientes mesadas atrasadas.

QUINTO: Que la pensión se sea reconocida en el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del actor, determinado por la Junta de Regional de Perdida de la Capacidad Laboral (en un 100%), desde el 7 de junio de 1994.

SEXTO: Que se indexen los dineros reconocidos, se reconozcan intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100/93; se condene en costas y agencias en derecho.

3.1.2 Hechos[4]

Como soporte fáctico de la demanda se expone que el señor MARTIN HUMBERTO GARCÍA ÁLVAREZ laboró para el Distrito de Cartagena, por 18 años ininterrumpidos, desde el 13 de abril de 1983, hasta el 6 de agosto de 2001. Durante el tiempo que el actor laboró en el Distrito, se desempeñó en diversos cargos, e hizo aportes para pensión en dicha entidad; pero a partir de la implementación del Decreto 732/95, comenzó a cotizar en el ISS.

[3] Folio 7-8 cdno 1
[4] Folio 1-3 ibídem

Indica, que desde el año 1995, el señor GARCÍA ÁLVAREZ comenzó a padecer algunos quebrantos de salud a nivel neurológico, por lo que su médico tratante le ordenó una reubicación laboral, por padecer SÍNDROME COMPULSIVO ASOCIADO CON UNA POLINEUROPATÍA RADICULAR. A pesar de lo anterior, dicho cambio nunca se dio, por cuanto no existía en la planta del Distrito de Cartagena otra plaza en la cual se le pudiera reubicar. El día 3 de marzo de 2001, el médico tratante del accionante certificó que este padecía de EPILEPSIA GENERALIZADA.

Manifiesta, que el 3 de agosto de 2001 el Distrito de Cartagena le comunicó al actor, que su cargo de auxiliar código 565 Grado 09 de la Secretaría de Gobierno había sido suprimido de la planta de personal mediante Decreto 462 del 2001. Expresa que, en ese entonces, se le brindó la oportunidad de optar por la indemnización o por la incorporación a un cargo de igual o mayor jerarquía, por lo que el señor GARCÍA ÁLVAREZ tomó la segunda opción; sin embargo, la misma no se pudo concretar de forma inmediata puesto que no existían plazas en la cual reubicarlo.

Explica que, por orden de la entidad empleadora, la Junta Regional de Calificación valoró la capacidad laboral del actor, el 21 de enero de 2002, determinando que éste padecía de una pérdida del 100% de la capacidad laboral.

Comenta que, como quiera que transcurrieron más de 6 meses sin que se lograra la reubicación laboral, el actor solicitó el pago de la indemnización a la que tenía derecho por su desvinculación, el 18 de febrero de 2002. Informa que el 19 de marzo de 2002, la Directora de Talento Humano le entregó el dictamen de la Junta Regional con una pérdida de capacidad del 100%, por lo que se dirigió al ISS a solicitar el reconocimiento de su pensión, el 9 de agosto de 2002.

Sostiene, que frente a su solicitud, el ISS se pronunció en Resolución No. 001019 del 23 de abril de 2004, negando el derecho a la pensión, argumentando que dentro de los 3 años anteriores a la fecha en la que se estructuró la perdida capacidad laboral (7 de junio de 1994), el actor no cotizaba en el ISS; de igual forma, cuando cumplió los 20 años de servicio (antes de 1994) no se encontraba cotizando con dicho instituto.

Contra la anterior decisión se interpusieron los recursos pertinentes, siendo resueltos por medio de la Resolución 0907 del 27 de mayo de 2005, en la cual se confirmó lo primigeniamente decidido.

Por lo anterior, se dirigió nuevamente al ISS para allegar un certificado con la relación de salarios para bono pensional proferido por la Alcaldía Distrital, para que dicha entidad adelantara las gestiones para obtener el respectivo bono y procediera con el reconocimiento de la pensión de invalidez, sin embargo, dicho instituto no realizó ninguna actuación.

El 1 de marzo de 2011, el demandante nuevamente solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez ante el ISS, pero, se le informó que su expediente laboral había sido enviado a la Seccional del Departamento del Atlántico y era dicha dependencia la que debía responder la solicitud. A pesar de lo anterior, nunca se le dio respuesta.

Afirma que el ISS nunca gestionó ante el Distrito de Cartagena, el pago del bono pensional necesario para reconocer la pensión de invalidez; y que el 16 de noviembre de 2011 presentó petición al Distrito de Cartagena para que le reconociera su pensión, sin que a la misma se le haya dado respuesta.

Finaliza manifestando que presentó demanda ante la jurisdicción laboral el 19 de julio de 2013, con el objeto de obtener el reconocimiento aquí solicitado, pero en audiencia del 4 de abril de 2014, el juzgado respectivo ordenó la nulidad, y remitió a los juzgados administrativos de esta ciudad, correspondiéndole al Juzgado Séptimo Administrativo de Cartagena, quien mediante providencia del 22 de mayo de 2014, dispuso la adecuación de la demanda, concediendo un término de 10 días, pero en vista de que no tenía la conciliación prejudicial para este tipo de proceso, se optó por retirar la demanda, presentando la solicitud el 16 de julio de 2014 ante la Procuraduría respectiva, declarándose fallida la conciliación.

3.1.3. Normas violadas y concepto de la violación

El demandante expuso como normas violadas, los artículos 33, 38, 39 y 40 de la Ley 100/93, y al respecto sostuvo que para ser beneficiario de la pensión de invalidez, el interesado debe acreditar haber perdido más del 50% de su capacidad laboral, tal y como es el caso del hoy accionante, quien tiene acreditada la pérdida del 100% de su capacidad laboral.

Explica que si bien es cierto que el actor, para el año 1993 no cotizaba con el ISS, debe tenerse en cuenta que al mismo se le realizaban descuentos para cubrir este tipo de riesgos por parte del Distrito de Cartagena, así las cosas, las semanas cotizadas superan las 26 semanas que exige la norma y hacen parte del bono pensional que ayudará a financiar la pensión.

Afirma que al accionante se le deben tener en cuenta lo cotizado antes de trasladarse al ISS así como el bono pensional que tiene el Distrito de Cartagena para cubrir los gastos de su pensión, pero que ninguna de las dos entidades ha gestionado.

Manifiesta que se ha violado el artículo 13 y 40 de la Ley 100/93, puesto que estos indican que a los empleados públicos que a la entrada en vigencia de la citada norma cotizaran con la empleadora, se les tendría en cuenta dicho tiempo laborado; en ese sentido, al demandante se le ha privado de gozar de su pensión, aun teniendo derecho a la misma.

3.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.5.1 Distrito de Cartagena[5]

En su escrito de contestación de la entidad la accionada manifestó que son parcialmente ciertos los hechos mencionados por el actor, pues éste sí laboró para el Distrito de Cartagena y estuvo afiliado al fondo de pensiones del Distrito hasta el 30 de junio de 1995 cuando pasó a cotizar al ISS. Que en efecto, como quiera que su cargo fue suprimido, el señor Martin García debió esperar su reubicación, sin embargo, el mismo siguió percibiendo su salario mensual y siguió afiliado a seguridad social.

Afirma, que la entidad que debe reconocer la pensión del demandante es COLPENSIONES, por ser la institución que reemplazó al ISS; a además, expresa que ante el Distrito de Cartagena no se ha elevado ningún trámite para solicitar el bono pensional, de igual forma, es al actor a quien le corresponde demostrarle al fondo de pensiones "Colpensiones", que cuenta con los requisitos para ser acreedor de una pensión de invalidez.

Manifiesta que no se opone a la pretensión del actor, puesto que la misma se encuentra ajustada a derecho, pero que es COLPENSIONES el que debe

[5] Folio 174-182 c. 1

gestionar la expedición del bono pensional o las cuotas partes en caso de haber lugar a ello.

2.5.2 Colpensiones[6]

Por medio de escrito allegado dentro de la oportunidad correspondiente, Colpensiones S.A., dio contestación a la demanda, manifestando que los hechos de la demanda son parcialmente ciertos pero que se deben denegar las pretensiones de la demanda, por no tener fundamento.

Expuso, que la ley y 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.

Precisa que, 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. Indica que, en contrapartida 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. 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.

Sostiene que en este evento se deben observar lo normado en los artículos 38, a 45 de la Ley 100/93. Además propuso las excepciones de prescripción de la acción, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de causa petendi, falta de derecho para pedir.

[6] Folio 189-195 c.1

3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[7]

Por medio de sentencia del 30 de junio de 2017, el Juez Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena decidió lo siguiente:

> *PRIMERO: Declarar la nulidad total de los siguientes actos administrativos, por las razones que se indicaron en la parte motiva de esta providencia:*
>
> - *La Resolución número 001019 del 23 de abril de 2004, mediante el cual el ISS Seccional Bolívar negó la pensión de invalidez al señor Martín Humberto García Álvarez, solicitada el día 9 de agosto de 2002.*
> - *La Resolución núm. 0907 del 27 de mayo de 2005, con la cual el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del ISS, Seccional Bolívar confirmó la resolución número 001019 del 23 de abril de 2004, al resolver el recurso de reposición propuesto y concedió el recurso de apelación subsidiariamente impetrado para ante el superior jerárquico.*
> - *El acto ficto o presunto que se derivó del silencio administrativo negativo por parte del ISS al omitir resolver el recurso de apelación interpuesto subsidiariamente por el demandante, en contra de la resolución número 001019 del 23 de abril de 2004.*
> - *El acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo frente a la petición formulada por el señor Martín Humberto García Álvarez ante el ISS, Seccional Bolívar, el día 1 de marzo de 2011, cuyo objeto estriba en el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez.*
> - *La Resolución número GNR232836 del 20 de junio de 2014, a través de la cual la Gerente Nacional de Reconocimiento de la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones de COLPENSIONES resolvió reconocer y ordenar el pago de una pensión de invalidez a favor del señor Martín Humberto García Álvarez.*
>
> *SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, se ordena a COLPENSIONES reconocer, liquidar y pagar al señor Martín Humberto García Álvarez, identificado con identificado con CC., 9.077.695 una pensión de invalidez, desde el 7 de junio de 1994, con base en las disposiciones de las Leyes 6 de 1945 y 4 de 1966, sin que el monto, de la referida prestación, sea inferior al salario mínimo legal mensual vigente al momento del cumplimiento de la sentencia.*
>
> *Ahora bien, es del caso indicar que las mesadas pensionales que corresponden al retroactivo serán objeto de la indexación en los términos del artículo 187 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula (…)*
>
> *Por tratarse de prestaciones de tracto sucesivo, la indexación de las mesadas deberá hacerse mes por mes.*

[7] Folio 355-384

TERCERO: Declarar probada de oficio la excepción de prescripción del retroactivo pensional correspondiente al periodo anterior al 1 de septiembre de 2011, por las razones expuestas en esta sentencia.

CUARTO: Con base en las motivaciones indicadas en esta providencia y para precaver la vulneración de los derechos fundamentales del actor, mientras se surte el procedimiento administrativo interno de cumplimiento del presente fallo, COLPENSIONES continuará pagando la prestación pensional al señor Martín Humberto García Álvarez, en la cuantía del salario mínimo legal mensual vigente, esto es, desde el día calendario siguiente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia y hasta cuando se pague el retroactivo pensional.

Los pagos de las mesadas efectuados hasta cuando quede en firme esta providencia no serán objeto de devolución, en virtud de lo dispuesto por el literal e) del artículo 164 del CPACA.

QUINTO: Declarar la falta de legitimación en la causa del Distrito de Cartagena, y en consecuencia se inhibe el Juzgado frente a la pretensión anulatoria de los actos expedidos en su sede, conforme se explica en la considerativa de esta providencia. (…)

En el fallo de primera instancia se ventiló el hecho de que Colpensiones había expedido, el 20 de junio de 2014, una resolución concediéndole al actor una pensión de invalidez en cuantía de 1 salario mínimo, con fecha de estructuración del 7 de junio de 1994, en aplicación de la Ley 100/93. Al respecto, la Juez a quo consideró que, aunque la entidad demandada contaba con competencia para proferir la decisión, pues ello se hizo con anterioridad a que se le notificara el acto admisorio de la demanda, y el mismo no había sido objeto de demanda en este asunto, pasa a estudiar los actos proferidos por el ISS porque produjeron efectos sobre el demandante.

Que el ISS no debió negar la pensión porque el marco normativo a aplicar era la Ley 6 de 1945 en concordancia con la ley 4 de 1996, y no el art. 39 de la Ley 100/1993 modificada por la Ley 863 de 2003, en atención a que la fecha de estructuración del estado de invalidez calificado no había entrado en vigencia para las entidades territoriales esta normatividad. Adicionalmente, sostuvo que nada le impedía al ISS efectuar dicho reconocimiento y requerir al Distrito de Cartagena para que constituyera y pagara el bono pensional tal como lo prevé el art. 35 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el art. 14 Del Decreto 1513 de 1998. Además, el Distrito así lo reconoció en el certificado del 13 de mayo de 2014.

Luego pasó a estudiar la legalidad de la Resolución GNR232836 del 20 de junio de 2014 de manera oficiosa, en aras de garantizar el derecho al acceso a la justicia del actor, y del principio de primacía del derecho sustancial sobre el formal.

Así las cosas, en la providencia citada se expuso que, estaba demostrado que el señor MARTÍN HUMBERTO GARCÍA ÁLVAREZ laboró al servicio del Distrito de Cartagena de Indias, como empleado público, durante el periodo comprendido entre el 13 de abril de 1983 hasta el 28 de enero de 1987 y del 7 de mayo de 1987 hasta el 6 de agosto de 2001, siendo su último cargo el de auxiliar, código 562, grado 09, en la Unidad de Espacio Público de la Secretaría de Gobierno Distrital. Que el Distrito de Cartagena, como empleador del actor, administró los aportes al sistema de pensión a través de su propia caja de previsión social, desde el periodo comprendido el 13 de abril de 1983 hasta el 30 de junio de 1995; y que los aportes posteriores a esa fecha, es decir, desde el 1 de julio de 1995 al 6 de agosto fueron transferidos hacia el Instituto de Seguros Sociales, en cumplimiento de lo establecido en el Decreto 732 de 1995.

De igual forma, encontró probado que, el día 5 de marzo de 2002, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar calificó la pérdida de capacidad laboral del señor Martín Humberto García Álvarez, en un porcentaje del 100%, estableciendo como fecha de estructuración el 7 de junio de 1994.

En el fallo en comento, no se dijo nada frente a las costas, agencias en derecho, y mucho menos se pronunció sobre los intereses moratorios.

3.4 RECURSO DE APELACIÓN

3.4.1 Recurso de la parte demandante[8]

Solicita que se modifique la sentencia de primera instancia, en cuanto declaró la prescripción de las mesadas generadas con anterioridad al 1 de septiembre de 2011, sin tener en cuenta que el actor interrumpió la prescripción con las diversas peticiones que elevó durante los años 2008, 2009 y 2010; así como las acciones de tutelas y la demanda presentada en la jurisdicción ordinaria laboral.

[8] Folio 388-390

Además, mostró inconformidad frente a la no condena en costas, manifestando que las mismas son diferentes a los gastos del proceso. Sostiene que el hecho de reconocer que la demandada Colpensiones se negó de forma injustificada a reconocer la pensión a favor de un sujeto de especial protección, muestra la negligencia con la que actuó dicha entidad; hecho éste que motivó que el actor se viera abocado a realizar un despliegue de actos procesales necesarios para obtener el reconocimiento de su derecho; que no hubieran sido necesarios si la demandada hubiese cumplido su labor.

Solicita además, que se condene a Colpensiones al pago de las diferencias entre lo efectivamente reconocido y lo que debió pagarse al actor; así como los intereses de mora generados.

4.2 Recurso de Colpensiones[9]

El apoderado de la parte demandada presentó recurso de apelación solicitando que se revoque la decisión de primera instancia, toda vez que la pensión del demandante ya fue reconocida mediante Resolución GNR-232836 del 20 de junio de 2014, de conformidad con lo establecido en la Ley 100/93, en cuantía de $616.000.

Manifiesta además que las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, no pueden ser tenidas en cuenta para el reconocimiento del derecho, conforme al art. 53 del Decreto 1406 de 1999.

Si bien en el recurso no lo dice de manera técnica, sostiene que debe aplicarse la Ley 100 de 1993, como está en el acto administrativo antes mencionado.

3.5 ACTUACIÓN PROCESAL

Por medio de acta del 1 de diciembre de 2017[10], se repartió el presente asunto a este Tribunal, por lo que con auto del 6 de abril de 2018[11], se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con providencia del 10 de julio de 2018, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión[12].

[9] Folio 386-387
[10] Folio 2 cdno apelaciones
[11] Folio 4 cdno apelaciones
[12] Fol. 10 cdno apelaciones

3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1 La parte demandante no alegó de conclusión.

3.6.2 La parte accionada– Colpensiones alegó de conclusión, ratificándose en los argumento de la contestación de la demanda y la impugnación[13].

3.6.3 El Ministerio Público no presentó concepto jurídico.

IV.- 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,

V.- CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

5.2 Problema jurídico.

El problema jurídico en esta instancia será determinado conforme con los argumentos expuestos en los recursos de apelación; bajo ese entendido, se tiene que Colpensiones solicita que se le absuelva de la condena, toda vez que ya reconoció la pensión del actor, con base en la Ley 100/93; por su parte, el señor Martín García pretende que se modifique la declaratoria de prescripción que hizo la juez de primera instancia, pues la misma se interrumpió a través de las peticiones de 2008, 2009 y subsiguientes, reconociendo la condena en costas e intereses moratorios.

De acuerdo con lo anterior, el problema jurídico a resolver es el siguiente:

> *¿Debe revocarse la decisión de primera instancia, y absolver a Colpensiones de la condena impuesta, por cuanto corrigió su*

[13] Folio 13-14 c. de apel.

actuación expidiendo el acto administrativo que reconoce la pensión de invalidez al actor?

¿La pensión de invalidez del señor MARTIN GARCÍA debe ser reconocida con fundamento en la Ley 100/93?

¿Existe prescripción de los derechos reclamados?

¿Hay lugar a la condena en costas y el reconocimiento de intereses moratorios a la entidad demandada?

5.3. Tesis de la Sala

La Sala considera que si bien es cierto que ya existe una pensión reconocida en favor del actor, la misma no se llevó a cabo teniendo en cuenta las normas que regían el caso bajo estudio, pues la Ley 100/93 no puede ser aplicada de forma retroactiva al accionante, a quien se estructuró la pérdida de capacidad laboral en el 7 de junio de 1994, mientras que la Ley 100/93 entró en vigencia, para los empleados territoriales, a partir de junio de 1995.

En cuanto a la prescripción de los derechos, considera esta Corporación que debe modificarse la sentencia de primera instancia, como quiera que el actor presentó petición ante Colpensiones el 11 de marzo de 2011, pero presentó demanda laboral antes de que el plazo de los 3 años vencieran (11 de marzo de 2014), tal y como consta en el auto de fecha 24 de julio de 2013, proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena, en el que se inadmite la demanda laboral. De acuerdo con lo anterior, se tiene que, la prescripción en este caso fue interrumpida con la petición del 11 de marzo de 2011, por lo que solo quedaron afectados por dicho fenómeno, las mesadas generadas a partir del 11 de marzo de 2008 hacia atrás.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1 De la pensión de invalidez

La Ley 6 de 1945, en su artículo 17, literal c), establece que, el empleado u obrero que haya perdido su capacidad de trabajo para toda ocupación u oficio, tiene derecho a percibir, mientras dure la incapacidad, el equivalente a la totalidad del último sueldo o salario devengado, sin bajar de cincuenta

pesos ($50) ni exceder de doscientos pesos ($200). Posteriormente, la Ley 4 de 1966 determinó que la pensión de invalidez de los trabajadores de las entidades públicas se liquidarán y pagarán tomando como base el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios; de igual forma, las pensiones de jubilación o invalidez reconocidas con anterioridad a la vigencia de la ley, debían ser aumentadas hasta llegar al 75% de la asignación del cargo que sirvió de base para liquidación, o su equivalente.

El Decreto 1848 de 1969, "*por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968*" dispone que:

> ***"ARTÍCULO 61.-*** *Definición.*
>
> *1. Para los efectos de la pensión de invalidez, se considera inválido el empleado oficial que por cualquier causa, no provocada intencionalmente, ni por culpa grave, o violación injustificada y grave de los reglamentos de previsión, a perdido en un porcentaje no inferior al setenta y cinco por ciento (75%) su capacidad para continuar ocupándose en la labor que constituye su actividad habitual o la profesional a que se ha dedicado ordinariamente.*
>
> *2. En consecuencia, no se considera inválido el empleado oficial que solamente pierde su capacidad de trabajo en un porcentaje inferior al setenta y cinco por ciento (75%).*
>
> ***(…)***
>
> ***ARTÍCULO 63.-*** *Cuantía de la pensión. El valor de la pensión de invalidez se liquidará con base en el segundo salario devengado por el empleado oficial y será equivalente al grado de incapacidad laboral, conforme a los porcentajes que se establecen a continuación, así:*
>
> ***a. Cuando la incapacidad sea superior al noventa y cinco por ciento (95%), el valor de la pensión mensual será igual al último salario devengado por el empleado oficial, o al último promedio mensual, si fuere variable.***
>
> *(…)*
>
> ***ARTÍCULO 64.-*** *Efectividad de la pensión.*
>
> *1. La pensión de invalidez se reconocerá y pagará por la entidad de previsión social a la cual esté afiliado el empleado.*
>
> *2. Si el empleado no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión social, el reconocimiento y pago se hará directamente por la entidad o empresa empleadora.*
>
> *3. La pensión de invalidez se debe desde que cese el subsidio monetario por incapacidad para trabajar y su pago se comenzará a hacer inmediatamente después del señalamiento de la incapacidad.*

Por otra parte, conforme el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio, consagrado en el Decreto 758 de 1990, la pensión de invalidez tiene las siguientes características y requisitos:

ARTÍCULO 5. CLASES DE INVALIDEZ.

1. Se tendrán como inválidos para efectos del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte:
(…)
c) GRAN INVALIDEZ. Es el afiliado o asegurado que por enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo, haya perdido su capacidad laboral en grado tal que necesite de la asistencia constante de otra persona para movilizarse, conducirse o efectuar los actos esenciales de la existencia.

La cuantía básica de esta pensión será del 57 % del salario mensual de base.

2. No se considera inválida por riesgo común, la persona que solamente pierde su capacidad laboral en un porcentaje inferior al cincuenta por ciento (50%) o cuya invalidez es congénita.

***ARTÍCULO 6. REQUISITOS DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ**. Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:*

a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y,

b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.
(…)

Debe destacarse que éste es el régimen aplicable a las personas que se encontraban afiliadas al Instituto de Seguro Social, con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100/93, que, a su turno dispuso lo siguiente:

***ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ.** Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:*

a. *Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.*

b. *Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.*

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente ley.

"ARTÍCULO 40. MONTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. *El monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a:*

a. El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%.

b. El 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%.

La pensión por invalidez no podrá ser superior al 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual.

La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado".

El artículo 39 de la Ley 100/93, fue modificado posteriormente por el artículo 1° de la Ley 860/09, que determinó:

ARTÍCULO 1. El artículo 39 de la Ley 100 quedará así:

Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración ~~y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez~~.

2. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, ~~y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.~~

PARÁGRAFO 1. <Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible> Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

PARÁGRAFO 2. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.

5.5. Caso concreto

5.5.1. Hechos probados

Los hechos relevantes para resolver la apelación presentada por las partes en litigio son los siguientes:

- Mediante comunicación del 28 de diciembre de 1995, el Secretario de Gobierno del Distrito de Cartagena, solicitó a la Jefe de Relaciones Laborales de la entidad, la reubicación laboral del señor MARTIN GARCÍA ÁLVAREZ, conforme a la prescripción realizada por su médico tratante; de igual forma, solicita que se le reconozca al actor una pensión de invalidez (fl. 20).

- Con Oficio del 3 de agosto de 2001, la Directora de Talento Humano del Distrito de Cartagena, le comunica al accionante que mediante Decreto 0462 del 26 de julio de 2001, su cargo fue suprimido de la planta de personal. Se le informa además, que por ser un empleado de carrera tiene derecho a optar por una indemnización o ser nombrado en otro empleo (fl. 21).

- Mediante comunicación del 8 de agosto de 2001, el actor manifiesta al Distrito que padece la enfermedad de Epilepsia Generalizada, que los medicamento son de muy alto costo y no tiene recursos para sufragarlos; por lo que, en virtud del oficio del 3 de agosto de 2001, solicita su reubicación laboral (fl. 22).

- El 21 de agosto de 2001, el Distrito le informa al demandante que no existe un empleo vacante en el que lo puedan reubicar, pero que, en caso de que éste se dé, se procederá a nombrarlo (fl. 24).

- A través de Resolución 1376 del 5 de diciembre de 2001 el Distrito autorizó la evaluación médica ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de varios funcionarios, entre ellos, el señor Martín García (fl. 25-26).

- El 5 de marzo de 2002 se le notificó al actor el Dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, en el cual se le califica con

una pérdida de capacidad laboral del 100%, con fecha de estructuración del 7 de junio de 1994 (fl. 27).

- El 18 de febrero de 2002, mediante Resolución 0468/02, el Distrito de Cartagena le reconoció al accionante una indemnización por motivo de la supresión de su cargo, toda vez que el plazo de 6 meses para su incorporación en otro cargo venció, y no se logró la reubicación (fl. 30-31).

- Oficio dirigido al demandante el 19 de marzo de 2002, donde la directora de Talento Humano del Distrito de Cartagena le hace entrega del dictamen 033 proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar, con el objeto de que adelante las diligencias pertinentes ante el ISS (fol. 32)

- Por medio de certificado del 20 de marzo de 2002 expedido por la Jefe de Talento Humano del Distrito de Cartagena, certifica que trabajó desde13 de abril de 1983 hasta el 28 de enero de 1987; del 7 de mayo de 1987 al 6 de agosto de 2001, donde desempeñó cuatro diferentes cargos (fol. 33).

- La entidad empleadora, emitió un certificado de salarios para bono pensional, en favor del señor Martin García (fl. 35).

- El 30 de enero de 2004, el actor presentó ante el ISS una solicitud de información sobre el avance del trámite pensional iniciado por él, el 9 de agosto de 2002 (fl. 39-40).

- Mediante acción de tutela presentada el 31 de marzo de 2004, el señor García Álvarez reclama la falta de respuesta del ISS a las peticiones del 9 de agosto de 2002 y 30 de enero de 2004, sobre el reconocimiento de la pensión de invalidez (fl. 42-47). El Juez de conocimiento amparó la protección al derecho de petición del actor (fl. 50-56).

- Con Resolución 1019 del 2004, el ISS negó la pensión de invalidez al accionante, con el argumento de que éste no tenía semanas cotizadas con dicha institución, con anterioridad a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral (fl. 63).

- El 11 de junio de 2004 el señor Martin García presentó recurso de reposición, y en subsidio apelación, contra la anterior decisión (fl. 58-60).

- Mediante Resolución 0907-27-05 de 2005, el ISS negó el recurso de reposición (fl. 64).

- Mediante petición del 21 de mayo de 2009, el actor acudió al Distrito de Cartagena para que le reconociera la pensión de invalidez (fl. 65-67).

- El 8 de febrero de 2011, el Distrito responde que el actor cotizó a pensiones desde el 13 de abril de 1983, hasta el 30 de junio de 1995 a la Alcaldía Mayor, y que los descuentos desde el 1 de julio de 1995 hasta el 6 de agosto de 2001, se llevaron a cabo en el ISS (fl. 71).

- El 11 de marzo de 2011, se presentó una nueva solicitud de pensión ante el ISS (fl. 72-73), siendo contestada el 8 de marzo de ese mismo año, informando que el expediente laboral está en la seccional Atlántico (fl. 74).

- Petición de pensión del 21 de noviembre de 2011, ante el Distrito de Cartagena (fl. 93-95).

- Formato No. 1, certificado de información laboral en el que consta que el actor laboró para la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias, desde el 13 de abril de 1983, hasta el 6 de agosto de 2011(fl. 105).

- Formulario 3 B – certificación de salarios mes a mes para liquidación de pensión del actor, desde el año 1983 hasta el 2001 (fl. 107-111).

- Copia del acta del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena, donde decreta la nulidad de todo lo actuado en ese juzgado y ordena su remisión a la jurisdicción contenciosa administrativa de fecha 4 de abril de 2014 (fol. 121-122).

- Auto del 22 de mayo de 2014 proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena dentro del radicado 2014-00218-00, en donde inadmite la demanda que había sido presentado en el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena y le concede 10 días para que la ajuste al medio de control (fol. 125-128).

- Acta de reparto ante el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena con radicado 2014-00346-00, donde se volvió a

presentar la demanda el 1 de septiembre de 2014, que es la que aquí esta resolviendo los recursos (fol. 132).

- Resolución GNR 232836 del 20 de junio de 2014, mediante la cual Colpensiones le reconoce al señor Martin Humberto García Álvarez, una pensión de invalidez a partir del 1 de junio de 2014, con fundamento en la Ley 100/93, y con una tasa de reemplazo del 45%, (fl. 313-315).

- Conforme la certificación expedida el **25 de junio de 2015** al actor, se tiene que la resolución anterior fue notificada mediante aviso el **27 de febrero de 2015** (fl. 312).

- El actor presentó recurso de reposición y subsidio apelación contra esta decisión el 6 de julio de 2015, entre otras cosas, por encontrarse en desacuerdo con el método de notificación (fl. 316-317).

- A través de Resolución GNR 278584 del 11 de septiembre de 2015, la entidad accionada declaró la pérdida de competencia para pronunciarse en el asunto. (fol. 321-322), notificada el 1 de octubre de 2015 (fol. 320).

- El actor presentó recurso de reposición y subsidio apelación contra esta decisión el 8 de octubre de 2015, por no habérsele reconocido el retroactivo pensional (fl. 323-324).

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En este asunto, se busca la declaratoria de la nulidad del acto administrativo expreso contenido en la Resolución 001019 del 23 de abril de 2004, y la Resolución 0907 del 27 de mayo de 2005, expedidas por el Instituto de Seguro Sociales; así como la nulidad de los actos fictos negativos, constituidos por la falta de respuesta a las peticiones de invalidez del 1 de marzo de 2011 y noviembre de ese mismo año dirigidas al ISS y al Distrito de Cartagena.

Conforme a las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que el señor Martín García Álvarez, laboró para el Distrito de Cartagena desde el 13 de abril de 1983, hasta el 6 de agosto de 2011(fl. 105), es decir, por un tiempo de 18 años, 3 meses, y 22 días. Que su cargo fue suprimido mediante el Decreto 0462 del 26 de julio de 2001 (fl. 21), por lo que quedó a la espera de ser

reubicado, situación que no fue posible dentro de los plazos establecidos en la ley, por lo que se le terminó reconocimiento una indemnización, el 18 de febrero de 2002, mediante Resolución 0468/02 (fl. 30-31).

De forma concomitante con lo anterior, se estaba llevando a cabo el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral del actor, autorizado por la Resolución 1376 del 5 de diciembre de 2001 del Distrito (fl. 25-26), el cual culminó con el dictamen del 21 de enero de 2002, mediante el cual la Junta Regional de Calificación de Invalidez determinó que el señor Martín García tenía una pérdida de capacidad laboral del 100%, con fecha de estructuración del 7 de junio de 1994 (fl. 27). La anterior decisión fue puesta en conocimiento del actor el 5 de marzo de 2002.

Como consecuencia de lo anterior, el accionante presentó un sin número de peticiones ante el Distrito de Cartagena y el ISS buscando obtener el reconocimiento de su pensión de invalidez, dando como resultado la Resolución 001019 del 23 de abril de 2004, y la Resolución 0907 del 27 de mayo de 2005 que negaron el derecho; las peticiones posteriores quedaron sin respuesta, sin embargo, el 11 de marzo de 2011, se presentó una nueva solicitud de pensión ante el ISS (fl. 72-73), siendo resuelta por Colpensiones, mediante la Resolución GNR 232836 del 20 de junio de 2014, en la que le concede al señor Martin Humberto García Álvarez, una pensión de invalidez a partir del 1 de junio de 2014, con fundamento en la Ley 100/93, y con una tasa de reemplazo del 45%, (fl. 313-315). Aclara la Sala, que en este acto administrativo se menciona que la petición se presentó el 01 de octubre de 2012, pero esta fecha fue la de radicación interna en Bogotá.

La notificación de la decisión anterior al interesado, se llevó a cabo el **27 de febrero de 2015** mediante aviso, cuando ya la presente demanda había sido notificada a Colpensiones, pero al parecer, el accionante solo se enteró de ella el **25 de junio de 2015**, según certificación que se anexa al proceso (fl. 312). En esa oportunidad, se interpuso el recurso de reposición y subsidio apelación, entre otras cosas, por desacuerdo con el método de notificación del acto administrativo citado (fl. 316-317); sin embargo, a través de Resolución GNR 278584 del 11 de septiembre de 2015, la entidad accionada declaró la pérdida de competencia para pronunciarse en el asunto.

Teniendo en cuenta lo expuesto, el Juez *a quo* decidió, de manera oficiosa, hacer el estudio de legalidad de las resoluciones mencionadas, y de los inicialmente demandados puesto que, aunque ya no hagan parte del

mundo jurídico, los mismos surtieron efectos. Soportado sobre este argumento, decidió acoger las pretensiones del actor, manifestando que la liquidación de su pensión debía hacerse con base en la Ley 6 de 1945, 4 de 1966 y 3135 de 1969 y no en la Ley 100 de 1993; por ello, declaró la nulidad de los actos demandados e incluso, de la Resolución GNR 232836 del 20 de junio de 2014.

Contra la anterior decisión se interpusieron recursos por ambas partes, en aspectos puntuales, sin embargo, previo a entrar a estudiar de fondo los mismos, este Tribunal se permite hacer las siguientes precisiones:

No comparte esta Judicatura el hecho de que el Juez de conocimiento haya estudiado, de oficio, la legalidad de la Resolución GNR 232836 del 20 de junio de 2014, como quiera que a éste no le es dable modificar las pretensiones de la demanda al momento de dictar sentencia, como quiera que ello puede violentar el derecho de defensa de las partes. Que, para vincular la Resolución GNR 232836 del 20 de junio de 2014 al estudio de legalidad adelantado en este asunto, primero se debió hacer uso de la figura del saneamiento de la actuación en la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, llevada a cabo en el proceso, el 18 de junio de 2015, o en audiencia posterior, lo que no hizo porque las partes no actuaron con lealtad, por ello encuentra que si bien el proceder del juez no debe realizarse, en este caso puntual, la Sala avala su actuar por las razones expresadas en el fallo de primera instancia y lo anteriormente mencionado. Adicionalmente, ninguna de las partes cuestiona este hecho.

De otro lado, observa esta Corporación que la demanda en comento fue inicialmente presentada ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena, quien la admitió mediante auto del **27 de agosto de 2013** (fl. 113), y con auto del 5 de diciembre de 2013 se tuvo por notificada a las partes interesadas, entre ellas, Colpensiones (fl. 118); sin embargo, en audiencia del **4 de abril de 2014** se declaró la nulidad de lo actuado y se remitió el proceso a los Juzgados Administrativos para su conocimiento, por competencia; de acuerdo con lo anterior, el primer pronunciamiento de esta Jurisdicción en el asunto, fue el **22 de mayo de 2014**, cuando se inadmitió la demanda para su adecuación y aporte de la conciliación prejudicial (fl. 125-128); por lo que según voces de los hechos de la demanda como no podía ser subsanada dentro de los 10 días concedidos en esa providencia, la demanda fue retirada.

Posteriormente se presenta la solicitud de conciliación, el 16 de junio de 2014, llevándose a cabo la misma el 20 de agosto de ese mismo año, expidiéndose la constancia respectiva (fol. 130-131); presentándose nuevamente la demanda el 1 de septiembre de 2014 (fol. 132). La demanda en comento fue admitida por medio de auto del **14 de octubre de 2014** (133-134), y notificada a Colpensiones el **15 de diciembre de 2014** (fl. 140), por lo que a partir de esa fecha la entidad perdió competencia para pronunciarse, en vía administrativa, sobre el asunto.

Sin embargo, tal y como se demuestra con las pruebas allegadas al proceso, Colpensiones profirió el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de invalidez, el **20 de junio de 2014,** mediante Resolución GNR 232836, es decir, antes de que el Juzgado Segundo Administrativo le notificara la admisión de la demanda. A pesar de lo anterior, Colpensiones dio contestación a la demanda el **30 de enero de 2015** (fl. 189-195), y no puso en conocimiento al Juzgado, ni a la parte demandante, de la existencia de la precitada resolución, toda vez que la misma, 6 meses después de haber sido expedida, aún no había sido notificada al señor Martín García, tal y como se advierte en la certificación expedida el **25 de junio de 2015**, en la que consta que la notificación se llevó a cabo por medio de aviso publicado en la página web de la entidad, el **27 de febrero de 2015** (fl. 312).

Lo anterior, impidió que tanto la parte interesada, como el Juez de conocimiento tomaran las acciones necesarias para sanear el proceso, ya fuera a través de la reforma de la demanda, o la inclusión de la Resolución GNR 232836/2014 como acto demandado, en la audiencia inicial (realizada el **18 de junio de 2015**). También se observa que, el señor García se enteró de la existencia de la precitada resolución, el **25 de junio de 2015** (fl. 312), cuando se acercó a la entidad accionada y allá se le expidió la certificación referida, por lo que impugnó el acto administrativo de reconocimiento pensional, solo en lo referente al medio utilizado para su notificación, pues a su juicio la misma no se había surtido en forma; el cual fue presentado el 6 de julio de 2015 (fl. 316-317); y la audiencia de pruebas se surtió el 17 de junio de 2015 (fol. 221), y tampoco manifestó nada al respecto.

Todo lo anterior, pone en evidencia la falta de lealtad procesal por parte de Colpensiones que, aun teniendo conocimiento del pronunciamiento de la administración frente a la pensión del actor, guardó silencio y no aportó el expediente administrativo con la contestación de la demanda, evitándose con ello que se tomaran, en tiempo, las medidas correctivas de la actuación

procesal. A pesar de lo anterior, reitera esta Judicatura que no era procedente que el Juez a quo, en la sentencia, incluyera nuevos actos administrativos como demandados, pues estaba reformando las pretensiones del accionante; en consecuencia, únicamente debió referirse a la legalidad de los actos demandados que, aunque no estuvieran en el mundo jurídico, ya habían generado efectos.

Otro aspecto que debe tenerse en cuenta es que, la competencia del Juez de segunda instancia, conforme con el artículo 328 del Código General del Proceso, está supeditada a los argumentos expuestos en el recurso de apelación; y solamente actuará sin limitaciones, cuando ambas partes hubieran apelado toda la sentencia. En ese orden de ideas, como quiera que en este asunto se apelaron aspectos puntuales de la sentencia de primera instancia, este Tribunal se limitará resolver únicamente dichos asuntos.

En ese orden de ideas se tiene que, la parte actora impugnó la sentencia en lo que se refiere a la prescripción de las mesadas; sin embargo, la parte accionada presentó apelación porque a su juicio no debe condenarse a la entidad a hacerse reconocimiento alguno, pues éste ya se llevó a cabo mediante la Resolución GNR 232836 del 20 de junio de 2014, con fundamento en la Ley 100/93. Se deja constancia que la accionada en ningún momento ataca la sentencia de primera instancia, por el hecho de haber realizado el estudio de legalidad, de manera oficiosa, frente a la resolución en cuestión, solo se alega que debe absolverse a la entidad ya que el derecho fue reconocido con base en la Ley 100/93, como era procedente, como si esta demanda se tratara de una acción de tutela, en la que debiera declararse el hecho superado.

En ese orden de ideas, esta Corporación considera que no le asiste razón a Colpensiones en sus argumentos, puesto que, si bien es cierto que ya existe una pensión reconocida en favor del actor, la misma no se llevó a cabo teniendo en cuenta las normas que regían el caso bajo estudio, pues la Ley 100/93 no puede ser aplicada de forma retroactiva al accionante, a quien se estructuró la pérdida de capacidad laboral en el 7 de junio de 1994, fecha para la cual la Ley 100/93 no era aplicable a los empleados territoriales, sino a partir de junio de 1995.

En ese orden de ideas, rechaza esta Corporación la negligencia con la que actuó la entidad accionada en este evento, toda vez que desde el año 2002 el señor Martin García se encuentra reclamando el preciado derecho

pensional, siendo negado el mismo con argumentos superfluos y sin sustento jurídico, cuando lo que le correspondía al ISS en ese entonces era, únicamente, reconocer la pensión y solicitar al Distrito de Cartagena que expidiera el respectivo bono pensional; por lo que en lo concerniente a que no se tuvieron en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de invalidez (7 de junio de 1994), no puede ser objeto de aplicación de un decreto que no rige la situación fáctica aquí planteada, por lo que al momento de restablecer el derecho tendrá que tener en cuenta todo el tiempo cotizado por el actor.

Teniendo en cuenta los anteriores argumentos, este Tribunal Confirmará la sentencia de primera instancia, en lo que concierne a la impugnación presentada por Colpensiones.

- *De la prescripción.*

En lo que respecta al recurso del señor Martin García, se tiene que, como antes se mencionó, su desacuerdo con la sentencia de primera instancia radica en que la prescripción no puede ser contada a partir de la presentación de la demanda, sino a partir de las peticiones elevadas ante el ISS y Colpensiones en los años 2008 y ss, que interrumpieron las mismas.

Sea lo primero exponer que, de acuerdo con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y el Decreto 1848 de 1969 art. 102, el término de prescripción empieza a correr a partir de la fecha en que el derecho se hizo exigible; en ese orden de ideas, la interrupción solamente ocurre **una sola vez** en un lapso igual, contada desde la presentación de la reclamación administrativa.

Lo anterior quiere decir que, una vez se hace exigible el derecho, comienza a contarse el término de prescripción del mismo, que es de 3 años; en caso de presentarse la petición de reclamación, dicho fenómeno prescriptivo se interrumpe por un lapso igual al inicial (de 3 años), dentro del cual el interesado deberá presentar la demanda (en caso de no ser reconocido el derecho en vía administrativa), so pena de que opere la prescripción y pierda el derecho.

Sobre este tema, la Corte Constitucional ha expuesto que:

> *Esta figura crea una verdadera carga procesal, en tanto que establece una conducta facultativa para el demandante de presentar su acción en el término que*

le concede la ley so pena de perder su derecho. Su falta de ejecución genera consecuencias negativas para éste, que en principio resultan válidas pues es su propia negligencia la que finalmente permite o conlleva la pérdida del derecho. De allí que si el titular no acude a la jurisdicción en el tiempo previsto por las normas procesales para hacerlo exigible ante los jueces, por no ejercer oportunamente su potestad dispositiva, puede correr el riesgo serio de no poder reclamar su derecho por vía procesal, e incluso de perderlo de manera definitiva. (…)

Lo que se pretende es que en los términos del artículo 85 del C.P.C. se le dé al tema de la jurisdicción, el mismo tratamiento que en el caso de rechazo de la demanda se deriva de la falta de competencia en materia civil, circunstancia ésta última que con precisión ha sido clarificada por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia. De allí que, un tratamiento de esta naturaleza en el caso de la jurisdicción, signifique para las partes y para el engranaje jurídico, certidumbre de la calidad respecto de quien debe ser el juez de la causa, generando confianza judicial para los intervinientes en un proceso, sin afectar los derechos del demandante y sin extender en el tiempo sus atribuciones en detrimento de los derechos del demandado. Evidentemente, por ser ésta una decisión integradora, y una materia en la cual sin duda el legislador sigue gozando de la libertad de configuración, esta determinación regirá exclusivamente hasta tanto el legislador no resuelva de otra forma la disyuntiva legal existente.

De lo anterior se concluye que, la presentación de la demanda tiene la virtualidad de interrumpir la prescripción de los derechos; por lo que, la posterior declaratoria de falta de jurisdicción, debe tener los mismos efectos del rechazo de la demanda por falta de competencia, es decir, no dejaba sin efectos dicha interrupción, sino que, por el contrario, la presentación inicial es suficiente para interrumpir la prescripción mencionada.

En el caso concreto, se tiene que la parte demandante adquirió su estatus de pensionado el **7 de junio de 1994**, pero solo se tuvo certeza de ello a partir del 5 de marzo de 2002, cuando tuvo conocimiento del porcentaje de su pérdida de capacidad laboral. En ese orden de ideas, advierte esta judicatura que, el actor presentó la primera reclamación ante el ISS el 9 de agosto de 2002 (fl. 42-47).

Siendo resueltas por la Resolución número 001019 del 23 de abril de 2004, mediante el cual el ISS Seccional Bolívar negó la pensión de invalidez al señor Martín Humberto García Álvarez, solicitada el día 9 de agosto de 2002; contra esta se presentó recurso de reposición en subsidio apelación, resolviéndose el primero mediante la Resolución núm. 0907 del 27 de mayo de 2005, con la cual el jefe del Departamento de Atención al Pensionado del ISS, Seccional Bolívar confirmó la Resolución no. 001019 del 23 de abril de 2004, al resolver el recurso de reposición propuesto y concedió el recurso de apelación

subsidiariamente impetrado para ante el superior jerárquico; pero nunca fue resuelto configurándose el acto ficto o presunto que se derivó del silencio administrativo negativo por parte del ISS al omitir resolver el recurso de apelación interpuesto subsidiariamente por el demandante, en contra de la resolución número 001019 del 23 de abril de 2004.

A partir de los dos meses siguientes a la notificación de la Resolución No. 0907 del 27 de mayo de 2005 que resolvió el recurso de reposición, se podía acudir a la jurisdicción, por lo que los 3 años para demandar vencieron en el año 2008, sin que la misma fuera presentada.

Posteriormente, el actor elevó una nueva petición ante Colpensiones, el 11 de marzo de 2011 (fl. 72-73), y en noviembre de ese mismo año frente al Distrito de Cartagena, pero las mismas no tiene la facultad de interrumpir los términos, puesto que lo procedente era presentar la demanda. Lo anterior tuvo ocurrencia el 19 de junio de 2013, ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral[14], según consta en el aplicativo Justicia XXI; el despacho de conocimiento, en su momento, declaró la falta de jurisdicción y remitió el expediente a los Juzgados Administrativos, donde se dispuso la adecuación de la demanda[15]; sin embargo, la demanda fue retirada el 30 de mayo de 2014 (según información del sistema Justicia XXI).

En ese orden de ideas, como quiera que la demanda fue retirada, la interrupción de la prescripción no tuvo efectos; por lo que ésta debe entenderse surtida, únicamente, cuando se volvió a presentar la demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa, es decir, el 1 de septiembre de 2014 (fl. 132).

De acuerdo con lo anterior, debe entenderse que las mesadas anteriores al 1 de septiembre de 2011 se encuentran prescritas, tal y como lo expone el Juez a quo; siendo, así las cosas, la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada.

---

[14] Proceso identificado con el radicado: 13001310500420130032100 del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cartagena.
[15] Proceso identificado con el radicado: 13001333300072014002180 del Juzgado Séptimo Administrativo.

- *De la apelación de la condena en costa e intereses moratorios, y el retroactivo pensional.*

Frente a la pretensión de reconocimiento del retroactivo pensional, solicitado en el recurso, el mismo no prosperará puesto que, en el numeral segundo de la parte resolutiva de la providencia apelada, al ordenar el restablecimiento del derecho se dispone:

> *"(…)*
> *Ahora bien, es del caso indicar que las mesadas pensionales que corresponden al retroactivo serán objeto de la indexación en los términos del artículo 187 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula (…)*
>
> *Por tratarse de prestaciones de tracto sucesivo, la indexación de las mesadas deberá hacerse mes por mes".*

Aunado a esto, ordenó el pago de las mesadas desde el 1 de septiembre de 2011 por haber operado la prescripción, significa esto que el retroactivo a que hace referencia el numeral segundo corresponde a las mesadas causadas entre el 1 de septiembre de 2011 en adelante, y no se puede liquidar en concreto la pensión de invalidez como lo solicita la apelante porque no hay elementos de juicio para tal fin.

En cuanto a la pretensión de intereses moratorios, contemplados en el art. 141 de la Ley 100/1993, no hay lugar al reconocimiento de los mismos puesto que el derecho no había sido reconocido y estaba sometido a discusión, esta jurisdicción ha reconocido los mismos, cuando se esta frente a un derecho cierto, que no se ejecuta y cumple por parte de la entidad demandada, presupuesto que aquí no se materializan, lo que lleva a que sean negados. Adicionalmente, las sumas reconocidas en el párrafo anterior se ordenaron pagar de manera indexada y sabido es que la indexación como actualización del valor del dinero, no es compatible con los intereses moratorios, porque se generaría una doble condena por un mismo hecho.

- *Condena en costas*

Tal como lo ha sostenido la jurisprudencia[16], las costas procesales proceden contra la parte vencida en el proceso, con independencia de las causas de

[16] Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta, 5 de abril de 2018 CP Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Radicación 76001233300020120043001 (21873).

la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil.

Al respecto, es pertinente mencionar que, si bien es cierto que el Tribunal excepcionalmente y en aplicación de criterios de equidad, ha adoptado la posición de no condenar en costas a la parte vencida cuando los supuestos jurisprudenciales en los cuales fundamentó su pretensión, al presentar la demanda variaron hasta la fecha en la cual se profirió la sentencia, toda vez que los demandantes actuaron con el pleno convencimiento de que les asistía el derecho reclamado; en el presente caso, no ocurre lo mismo, toda vez que la indebida aplicación de una norma por la entidad demandada, no configura la excepción a imponer costas dentro de un proceso.

En ese orden de ideas, es evidente que COLPENSIONES fue vencido en la litis dentro de la primera instancia, por lo que es totalmente procedente que se le condene en costas dentro de esa instancia. Por ende, esta Sala considera que este punto debe ser adicionado el fallo de primera instancia.

5.6. De la condena en costas.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, 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*". A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Sin embargo, en este caso solo prosperó parcialmente el recurso de apelación de la parte demandante, la norma antes citada permite que en estos casos que el juez se abstenga de condenar en costas, lo cual hará esta Sala porque la parte actora debió solicitar una adición sobre este punto ya que no hubo ningún pronunciamiento en la sentencia de primera instancia.

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

VI. FALLA

PRIMERO: ADICIONAR a la sentencia de primera instancia el numeral noveno de la misma, el cual quedará así:

> *"Noveno: CONDENAR en costas a COLPENSIONES por haber sido la parte vencida, las cuales serán tasadas en las oportunidades previstas en el art. 365 y ss del Código General del Proceso, y en su liquidación se tendrá en cuenta para tasar las agencias en derecho los acuerdos vigentes del Consejo Superior de la Judicatura sobre esta materia".*

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.

TERCERO: ABSTENERSE DE CONDENAR EN COSTAS en esta instancia, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia

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. 047 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN