

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

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-008-2017-00041-01
Demandante	OLGA ARROYO HERNÁNDEZ
Demandado	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES
Tema	<i>Retroactivo pensional, cuando se demuestra la desvinculación laboral y el retiro del sistema de pensiones.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 002¹ del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 02 de octubre de 2017 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual resolvió conceder 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 DEMANDA²

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, la señora OLGA ARROYO HERNANDEZ, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

¹Esta 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 Folio 1-9 cdno 1

13-001-33-33-008-2017-00041-01

3.1.1. Pretensiones³.

En ejercicio de la presente acción, la demandante elevó las siguientes pretensiones:

1. *Se declare la nulidad de las resoluciones GNR302477 del 1 de octubre de 2015, GNR35098 del 2 de febrero de 2016 y VPB13328 del 22 de marzo de 2016 expedida por la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).*
2. *Que a título de restablecimiento del derecho se ordene a COLPENSIONES a pagar el retroactivo adeudado a mi poderdante en forma indexada.*
3. *Que a título de restablecimiento del derecho se ordene a COLPENSIONES a pagar los intereses moratorios causados por el tardío reconocimiento de las mesadas pensionales (retroactivo) a que tiene derecho mi poderdante.*
4. *Se ordene a COLPENSIONES a reparar el daño que se le ocasionó a mi poderdante con la expedición de dichas resoluciones, en virtud del inciso primero del artículo 138 de la Ley 1437 "También se podrá solicitar que se repare el daño".*

3.1.2. Hechos⁴.

La parte demandante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

La señora Olga Arroyo laboró como empleada pública, por último, en el ISS hasta el 31 de marzo de 2015, fecha en la cual fue liquidado según el Decreto 533 de 27/03/2015, fecha para la cual había cumplido los requisitos para ser acreedora de su pensión de vejez.

Indica que al enterarse que el PAR ISS liquidado seguía efectuando cotizaciones, presentó derecho de petición el 8 de septiembre de 2015, solicitando que cesaran las cotizaciones porque su relación laboral había finalizado.

Posteriormente, mediante Resolución No. GNR302477 del 1 de octubre de 2015, le fue reconocida su pensión de vejez por parte de la entidad demandada, dicha prestación fue reconocida conforme a la Ley 33 de 1985, calculada en base a 1555 semanas cotizadas, teniendo como IBL la suma de

³ Fols. 4 Cdno 1.

⁴ Fols. 1-3 Cdno 1

13-001-33-33-008-2017-00041-01

\$3.762.726, y una tasa de reemplazo del 75%. La mencionada Resolución dejó en suspenso el ingreso en nómina hasta tanto se presentara prueba del retiro. Contra la anterior resolución interpuso recurso de reposición en subsidio apelación, dado que no se ordenó el pago al retroactivo a que tenía derecho, aportando con ello la Resolución 007585 de 2015 como prueba del retiro y la no cotización al sistema de pensiones, debido a la terminación laboral desde el 31 de marzo de 2015, copia del retiro del fondo de cesantías, certificado de que se encuentra inactiva desde el 30 de marzo de Seguros Positiva, y la certificación de tiempo de servicios expedida por el Departamento Nacional de compensaciones y beneficios del ISS.

Mediante Resolución GRN35098 del 2 de febrero de 2016 Colpensiones resolvió el recurso de reposición, ordenando la reliquidación del IBL en la suma de \$4.108.297, y una tasa de reemplazo del 75%. Reconoció en el mismo acto administrativo, que la relación laboral finalizó el 31 de marzo de 2015, resolviendo levantar la suspensión de la pensión de vejez e incluirla en nómina desde el 1 de febrero de 2016.

Afirma que, en este último acto administrativo, la entidad no reconoció el retroactivo al que tiene derecho, toda vez que en la historia laboral Colpensiones reporta cotizaciones posteriores a la finalización de la relación laboral a nombre del patrono PAR ISS liquidado hasta el 31 de enero de 2016, manifestando que se trata de un pago como independiente agremiado, afirmación que no es real, por haber terminado la relación laboral, y no ostentar la calidad que se aduce.

Finalmente, indica que mediante Resolución VPB13328 del 22 de marzo de 2016, resolvió el recurso de apelación confirmando en todas sus partes la Resolución GRN35098 del 2 de febrero de 2016, por lo que manifiesta que tiene derecho a que se le cancele el retroactivo de los periodos desde el 1 de abril de 2015 hasta el 1 de febrero de 2016, fecha en la que se incluyó en nómina.

3.1.3. Normas violadas y concepto de violación:

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

- Art. 13 del Decreto 758 de 1990
- Art. 31 y 141 de la Ley 100 de 1993



13-001-33-33-008-2017-00041-01

Afirma que, el Art. 13 del Decreto 758 de 1990, establece la causación y disfrute de la pensión de vejez, determinando que le corresponde a Colpensiones el pago del retroactivo causado desde el 1 de abril de 2015 hasta el 1 de enero de 2016 fecha en la que se incluyó en nómina, pues terminó su relación laboral el 31 de marzo de 2015, sin que efectuara cotización alguna posteriormente.

Indica que, son aplicables para este régimen las disposiciones sobre seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del ISS con las adiciones y modificaciones contenidas en la Ley 100 de 1993, así como los intereses moratorios establecidos en el art. 141 de dicha norma, los cuales se causan a partir del cuarto mes después de efectuada la reclamación ante la entidad encargada del reconocimiento.

3.2. CONTESTACIÓN.

3.2.1. COLPENSIONES⁵

La entidad demandada tiene como ciertos algunos hechos, en cuanto a las pretensiones de la demanda, solicita que las mismas sean denegadas.

Manifiesta que, una vez realizado el estudio de la solicitud de reliquidación y/o retroactivo, se estableció que no se generaron valores a favor de la pensionada, el valor arrojado es igual al que actualmente viene percibiendo en nómina, por lo que no hay motivos para generar retroactivo o incrementar la mesada pensional.

En cuanto al pago del retroactivo a partir del 01 de abril de 2015, mencionó que conforme a los arts. 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, una vez cumplidos los requisitos para acceder a la pensión de vejez, se pagará al día siguiente en que se acredite el retiro del sistema de pensiones o desafiliación del régimen de seguridad social. En aquellos casos en que se afiliados sea dependiente, cumpla con los requisitos para acceder a la pensión, pero no aparezca acreditado la desvinculación laboral, se reconocerá a partir de la inclusión en nómina. Indica que la única forma, para que se genere retroactivo es que se acredite el retiro con el ultimo empleador.

⁵ Fols. 97-101 cdno 1



13-001-33-33-008-2017-00041-01

De acuerdo a la anterior, finaliza manifestando que no se puede acceder a la solicitud de pago del retroactivo solicitado, toda vez que consultada la historia laboral de la demandante observó que en el momento del reconocimiento de la prestación se encontraba realizando aportes como trabajador independiente en calidad de trabajador agremiado a través de PAR ISS liquidado, razón por la cual la prestación se reconoció a corte de nómina, por lo que los actos enjuiciados se encuentran ajustados a derecho.

Como excepciones presenta las siguientes: (i) Inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir; (ii) Buena fe; (iii) Cobro de lo no debido; y (iv) genérica.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶

Por medio de providencia del 02 de octubre de 2017, el Juez Octavo Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, accediendo a las pretensiones de la demanda.

Al respecto sostuvo que, encontró acreditado que la demandante nació el 7 de agosto de 1957, por lo que para el 1 de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad y laboró más de 15 años, desempeñándose como último cargo el de jefe de departamento I, lo que significa que le es aplicable las disposiciones de la Ley 33 de 1985.

Igualmente encontró probado, que la relación legal de la actora finiquitó con el ISS el 31 de marzo de 2015, debido al proceso de liquidación de que fue objeto esta institución, motivo por el cual se liquidó y pagó las prestaciones sociales definitivas a través de la Resolución No. 8898 del 12 de marzo de 2015.

Indicó que el disfrute de la pensión de vejez se configura a partir de la fecha de desafiliación al sistema de pensiones y que se encontró suficientemente demostrado que la actora se desvinculó laboralmente y desafilió del sistema desde el 31 de marzo de 2015, no existe otra decisión más que declarar la nulidad de los actos demandados y ordenar el pago del retroactivo desde el 1 de abril de 2015 al 01 de febrero de 2016.

⁶ Fols. 121-127 Cdo no 1



13-001-33-33-008-2017-00041-01

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁷

Por medio de escrito del 04 de octubre de 2017, la entidad demandada presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, trayendo a colación en primer lugar, lo establecido en los arts. 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, indicando que el momento en el que se causa el derecho pensional, y el momento en el que empieza a disfrutar el reconocimiento son dos eventos distintos, estableciendo que el primero de ellos se determina desde el lleno de requisitos de edad y cotizaciones, y el segundo siempre y cuando se demuestre la desafiliación al sistema.

Que revisado su sistema, se encuentra que la demandante cotizó hasta el ciclo 201602 con el empleador PAR ISS liquidado, a partir del 01/05/2015 hasta el 28/02/2016, con la novedad de trabajador independiente- Pago con planilla tipo "Y", por lo que en aplicación con lo establecido en la Ley 1233 de 2008, los trabajadores asociados a las cooperativas y precooperativas e trabajo asociado, antes del 2 de julio de 2008, no se les exigirá novedad de retiro dada su calidad de trabajadores independientes, a partir del 22 de julio de 2008, a los trabajadores asociados de este tipo de asociaciones, se les debe exigir la novedad de retiro del sistema, dada su calidad de trabajadores independientes.

Por lo anterior, finaliza afirmando que dado que la actora presenta cotización con el empleador PAR ISS liquidado, sin reportarse la novedad de retiro para el ciclo 2016/02, la prestación le fue reliquidada a corte de nómina tal y como se encuentra en la Resolución No. 35098 del 2 /02/2016.

Por lo anterior, solicita se revoque la sentencia de primera instancia, y en consecuencia se nieguen las pretensiones de la demanda.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 29 de noviembre de 2017⁸ se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 06 de abril de 2018⁹; y, se corrió traslado para alegar de conclusión el 14 de agosto de 2018¹⁰.

⁷ Fols. 128-129 Cdno 1

⁸ Fol. 2 cdno 1

⁹ Fol. 4 Cdno 2

¹⁰ Fol. 8 Cdno 2



13-001-33-33-008-2017-00041-01

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSION

3.6.1. Parte demandante¹¹: Presentó escrito de alegatos el 30 de agosto de 2018, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia.

3.6.2. Parte demandada¹²: Presentó escrito de alegatos el 27 de agosto de 2018, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, y reiterando los argumentos del recurso de alzada.

3.6.3. Ministerio Público: No presentó el concepto de su competencia.

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.

De igual forma es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

5.2. Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que se debe determinar si:

¿Tiene derecho la señora Olga Arroyo Hernández, al reconocimiento y pago del retroactivo pensional causado desde el 01 de abril de 2015 al 31 de enero de 2016, por las cotizaciones realizadas por su empleador en este lapso, posteriores a la terminación del vínculo laboral?

¹¹ Fols. 13-17 cdno 2

¹² Fols. 11-12 cdno 2



13-001-33-33-008-2017-00041-01

5.3. Tesis de la Sala

La Sala MODIFICARÁ la sentencia de primera instancia en cuanto a que declaró la nulidad total de los actos administrativos enjuiciados, debiéndose declarar la nulidad parcial, puesto que no se está discutiendo en este asunto ni el derecho reconocido, ni el monto de la pensión, y CONFIRMARÁ el fallo mencionado en cuanto accedió al reconocimiento del retroactivo pensional por los periodos comprendidos entre el 01 de abril de 2015 al 31 de enero de 2016, por las cotizaciones realizadas por su empleador con posterioridad a la terminación del vínculo laboral, encontrándose probada la desvinculación a dicha entidad de la demandante, y su requerimiento a la misma de no continuar con los aportes a pensión por cumplirse la condición de retiro del servicio exigida por los artículos 13 y 35 del Acuerdo 49 de 1990.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. Vigencia del Acuerdo 049 de 1990¹³

Según el artículo 31¹⁴ de la Ley 100 de 1993, al régimen de prima media le son aplicables las disposiciones anteriores del seguro de pensiones del ISS que no contraríen las regulaciones del sistema creado por la Ley 100.

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

¹³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, Bogotá, D.C., primero (1) de agosto de dos mil trece (2013)., Radicación número: 11001-03-25-000-2009-00090-00(1211-09)Actor: NORMAN CAÑAVERAL OSPINA

¹⁴ “ARTÍCULO 31. CONCEPTO. El régimen de Prima Media con Prestación Definida es aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas, de acuerdo con lo previsto en el presente Título. Serán aplicables a este régimen las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley.”



13-001-33-33-008-2017-00041-01

5.4.2. De la causación y el disfrute de la pensión de vejez

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

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

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

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

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

Así la adquisición del estatus de pensionado acontece con la concurrencia de los dos requisitos señalados por la norma precitada, relativos al tiempo de servicios y a la edad.

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

En este orden de ideas, la causación del derecho pensional “ocurre desde el momento mismo en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de edad y densidad de cotizaciones exigidos normativamente”¹⁵, mientras que el disfrute de la misma “apunta a que, para comenzar a percibir las mesadas pensionales, se requiere la desafiliación del régimen”¹⁶, situación que está relacionada con el momento a partir del cual se genera el pago de mesadas retroactivas.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 24 de marzo de 2000, radicación 13425, citada en las sentencias de 20 de junio de 2012, M.P. Camilo Tarquino Gallego, radicación No. 41754, y de 19 de julio de 2011, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, radicación No. 38375.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 7 de febrero de 2012, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno, radicación No. 39206.



13-001-33-33-008-2017-00041-01

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

Sobre este punto se resalta que el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 indica que es necesaria la desafiliación al régimen para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, y que el artículo 35 *ídem* establece que las pensiones del Seguro Social se pagarán previo retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso. Al utilizar la vocal “o”, el acuerdo no consagra que sean categorías sinónimas, sino que prevé la aplicación de la norma cuando se trata de un trabajador particular o de un servidor público, así en el primer caso se exige la desafiliación y en el segundo el retiro del servicio.

En este sentido el artículo 19 de Ley 344 de 1996¹⁷, norma aplicable a los servidores públicos, precisa que el disfrute de la pensión de vejez y la permanencia en el servicio son incompatibles, así:

“ARTÍCULO 19. Sin perjuicio de lo estipulado en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, el servidor público que adquiera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso. Los docentes universitarios podrán hacerlo hasta por diez años más. La asignación pensional se empezará a pagar solamente después de haberse producido la terminación de sus servicios en dichas instituciones.”

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

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

Ahora, bien puede acontecer que la desafiliación al sistema general de pensiones concorra con la desvinculación laboral, como sucede en el caso del trabajador que en forma concomitante con la adquisición del estatus pensional, se retira del servicio, desafiliándose del sistema de pensiones; pero el afiliado, tiene otra opción, y es que habilitado por el artículo 17 de la Ley 100

¹⁷ Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-584 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz





13-001-33-33-008-2017-00041-01

de 1993, puede cesar en el pago de las cotizaciones a pensión, bajo la condición que haya cumplido los requisitos para pensionarse.

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

La Corte Constitucional declaró la exequibilidad del inciso 2 del artículo 17 de la Ley 100 de 1993 (mod. art. 4 de la Ley 797 de 2003) en la sentencia C-529 de 2010¹⁸, al considerar lo siguiente:

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

Por otro lado, el Decreto 2245 del 31 de octubre de 2012, “Por el cual se reglamenta el inciso primero del parágrafo 3o del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9o de la Ley 797 de 2003”, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. <Artículo compilado en el artículo 2.2.8.6.1 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1833 de 2016> El objeto del presente decreto es establecer las medidas que garanticen que no se presente solución de continuidad entre el momento del retiro del servicio del trabajador del sector público o privado y su inclusión en nómina de

¹⁸ Sentencia de 23 de junio de 2010, Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo.



13-001-33-33-008-2017-00041-01

pensionados y sus disposiciones aplican a los empleadores de los sectores público y privado y a las administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad".

En todo caso si el trabajador decide dejar de cotizar al sistema pensional, debe desafilarse del mismo para tener derecho a reclamar el pago de las mesadas retroactivas, cuando solicite el reconocimiento pensional, salvo que se trate de un servidor público, evento en el cual debe retirarse del servicio.

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

5.5. Caso concreto

5.5.1. Hechos relevantes probados:

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

- Resolución No. GNR 302477 del 01 de octubre de 2015, por el cual Colpensiones, reconoce y deja en suspensión el pago de una pensión de vejez reconocida a la actora (Fols. 13-21).
- Reporte de semanas cotizadas por la demandante, expedido por Colpensiones el 26/08/2015 (Fols. 23-26).
- Derecho de petición presentado por la señora Olga Arroyo al ISS liquidado, de fecha 08/09/2015, en el que solicita la cesación de cotizaciones (Fols. 27-29).
- Respuesta de Colpensiones a la petición radicada por la demandante el 08/09/2015, donde solicita la documentación que aclare su ingreso y retiro de la relación laboral (fol. 30-31).
- Respuesta de fecha 14/10/2015 de la señora Arroyo Hernández al requerimiento realizado por Colpensiones, en el que adjunta la prueba del retiro del ISS (Fols. 32).



13-001-33-33-008-2017-00041-01

- Recurso de reposición en subsidio apelación, interpuesto por la actora en contra de la Resolución GNR 30247 del 1 de octubre de 2015 (Fols. 33-35).
- Certificado expedido por Positiva Seguros, en el que indica que la demandante se encuentra en calidad de inactiva desde el 31/03/2015 (fol. 47).
- Certificado emitido por el jefe del Departamento Nacional de Compensaciones y Beneficios del ISS, en el que indica que a demandante laboró en la entidad hasta el 31/03/2015 (fol. 48).
- Decreto 0553 del 27 de marzo de 2015 por el cual se ordena el cierre de la liquidación del ISS (Fols. 49-52).
- Resolución No. 8898 del 12 de marzo de 2015, expedido por el ISS en el que se ordena el pago de las prestaciones sociales definitivas de la señora Arroyo, y se indica que su retiro se produce el 31/03/2015 (Fols.53-55).
- Resolución No. GNR 35098 del 2 de febrero de 2016, por el cual Colpensiones resuelve el recurso de reposición interpuesto por la actora en contra de la Resolución 302477 (Fols. 62-72).
- Resolución No. VPB 13328 del 22 de marzo de 2016, por el cual Colpensiones resuelve el recurso de apelación interpuesto por la actora en contra de la Resolución 302477 (Fols. 74-83 arriba).
- Documentos aportados por Colpensiones en el que consta el retiro de la demandante el 31/03/2015, resaltándose un oficio 7585 de fecha 5 de febrero de 2015, donde el apoderado general de fiduciaria la Previsora S.A., en su calidad de liquidador del ISS en liquidación, le informa a la demandante que su retiro se haría efectivo a partir del 31 de marzo de 2015, fecha en la que termina la vida jurídica del Seguro Social en liquidación.

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

En el sub-examine los actos enjuiciados son las Resoluciones Nos. GNR302477 del 1 de octubre de 2015, GNR35098 del 2 de febrero de 2016 y VPB13328 del 22 de marzo de 2016 expedida por la Administradora Colombiana de



13-001-33-33-008-2017-00041-01

Pensiones, por medio de las cuales reconoce la pensión de vejez dejándola en suspenso, y resuelve los recursos de reposición en subsidio apelación en contra de la primera.

Conforme a las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que, la señora Olga Arroyo el 27 de mayo de 2015 solicitó a la entidad demandada el reconocimiento de su pensión de vejez, petición que fue resuelta mediante Resolución No. GNR 302477 del 01 de octubre de 2015¹⁹, por la cual Colpensiones reconoce y deja en suspensión el pago de la pensión de vejez reconocida a la actora, hasta que la misma no acreditara el retiro del servicio la cual debía venir firmada por el empleador, para su posterior ingreso en nómina.

Que en atención al reporte de nóminas expedido por Colpensiones con fecha de actualización 26 de agosto de 2015, en el que se avizora aportes a pensión realizados por el PAR ISS LIQUIDADO posteriores a la fecha de la terminación laboral de la actora con esta última entidad²⁰, esto es, 31 de marzo de 2015; la demandante mediante petición radicada ante el ISS liquidado solicitó la cesación de cotizaciones por parte de dicha entidad, para efectos del cálculo retroactivo que se diera a su favor por parte de la aquí demandada²¹. Lo anterior solicitud, fue resuelta por Colpensiones mediante escrito del 20 de septiembre de 2015 solicitando que adjuntara la documentación donde se pudiera aclarar su ingreso y retiro de la relación laboral²².

En virtud del anterior requerimiento, la señora Arroyo Hernández en fecha 14/10/2015 radica ante la entidad los siguientes documentos: Decreto 0553 de 2015, liquidación definitiva de prestaciones sociales No. 594, Resolución del ISS, certificado de afiliación a NUEVA EPS, certificado del Fondo Nacional del Ahorro, certificado de POSITIVA, resolución de liquidación, y un oficio 7585 de fecha 5 de febrero de 2015, donde el apoderado general de fiduciaria la Previsora S.A., en su calidad de liquidador del ISS en liquidación, le informa a la demandante que su retiro se haría efectivo a partir del 31 de marzo de 2015, fecha en la que termina la vida jurídica del Seguro Social en liquidación.²³. Es importante resaltar que la documentación aquí relacionada, reposa en el

¹⁹ Fols. 13-21

²⁰ Fols. 23-26

²¹ Fols. 27-29

²² Fols. 30-31

²³ Fols. 32

13-001-33-33-008-2017-00041-01

expediente administrativo allegado por Colpensiones en la contestación de la demanda.

Inconforme con el acto que reconoce su prestación, la actora interpone recurso de reposición en subsidio apelación, indicando que no entiende los motivos por los cuales se deja en suspenso su ingreso a nómina si la última unidad para la cual trabajó fue el ISS la cual fue reemplazada por la aquí demandada, por lo que la información sobre su retiro del servicio debe reposar en sus archivos²⁴, a través de Resolución No. GNR 35098 del 2 de febrero de 2016, Colpensiones resuelve el recurso de reposición interpuesto por la actora²⁵ no accediendo al pago del retroactivo, pero modificando el acto inicial, en el sentido de levantar el suspenso e incluirla en nómina desde el periodo 201602; esta última fue confirmada en todas sus partes por la Resolución No. VPB 13328 del 22 de marzo de 2016, por el cual Colpensiones resuelve el recurso de alzada²⁶.

Concuerda esta Sala con lo manifestado por el A-quo, en cuanto le asiste derecho a la demandante a obtener el reconocimiento y pago de su retroactivo pensional adeudado, por las cotizaciones efectuadas con posterioridad a su terminación laboral con el ISS liquidado correspondientes a los periodos de 01 de abril de 2015 al 01 de febrero de 2016, lo anterior, en virtud de las pruebas allegadas en el presente asunto como son:

- Certificado expedido por Positiva Seguros, en el que indica que la actora es trabajadora del ISS, afiliada a la entidad desde el 12/05/1996 y se encuentra en calidad de inactiva desde el 30/03/2015 (fol. 47).
- Certificado emitido por el jefe del Departamento Nacional de Compensaciones y Beneficios del ISS, en el que indica que a demandante laboró en la entidad hasta el 31/03/2015 (fol. 48).
- Oficio 7585 de fecha 5 de febrero de 2015, donde el apoderado general de fiduciaria la Previsora S.A., en su calidad de liquidador del ISS en liquidación, le informa a la demandante que su retiro se haría efectivo a partir del 31 de marzo de 2015, fecha en la que termina la vida jurídica

²⁴ Fols. 33-35

²⁵ Fols. 62-72

²⁶ Fols. 74-83 arriba.



13-001-33-33-008-2017-00041-01

del Seguro Social en liquidación, recibido por la actora el 11 de febrero de la misma anualidad.

- El Decreto 0553 del 27 de marzo de 2015 por el cual se ordena el cierre de la liquidación del ISS, establece en su párrafo del artículo 1, que todos los aportes por concepto de seguridad social que se recauden serán trasladados a cada una de las entidades titulares de los aportes cobrados, y en particular aquellos que correspondan al ISS liquidado los cuales serían trasladados a Colpensiones. (Fols. 49-52).
- Por medio de Resolución No. 8898 expedida por el ISS el 12 de marzo de 2015, ordena el pago de las prestaciones sociales definitivas de la señora Arroyo, y se indica que su retiro se produce el 31/03/2015 (Fols.53-55).

En ese orden de ideas, tal y como lo cita el A-quo, mediante Concepto 1901484 del 18 de marzo de 2013 de Colpensiones, estableció respecto al tipo de aportante o reporte de novedad cual sería la prueba para demostrar la desafiliación retroactiva, indicando que *"el listado citado en precedencia es meramente enunciativo y no taxativo y/o excluyente, por lo tanto, con el fin de acreditar la desafiliación en los casos específicos o puntuales que se presenten y que estén o no descritos expresamente, **basta allegar cualquiera de los documentos enunciados para demostrar ante la entidad la fecha a partir de la cual se llevó a cabo la desvinculación laboral del afiliado, la última cotización o el retiro definitivo del Sistema General de Pensiones**, para lo cual habrá que estarse a lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 19 de 2012, en cuanto a que si bien no puede exigirse la presentación, suministro o entrega de documentos originales autenticados o copias autenticadas, tal regla no aplica para el reconocimiento o pago de pensiones"*. (Negritas y subrayas de la Sala).

De los documentos enunciados por Colpensiones en el concepto traído a colación, se encuentra la liquidación definitiva de salarios y prestaciones a favor del trabajador, la cual se encuentra probada mediante la Resolución No. 8898 expedida por el ISS el 12 de marzo de 2015. En ese sentido, no son de recibo para esta Sala los argumentos expuestos por la entidad demandada, puesto que no probó que la señora Olga Arroyo trabajó como asociada de una Cooperativa para el ISSPARR en liquidación, lo cual era su obligación según el artículo 167 del C.G.P., por lo que se confirmará la decisión frente a la orden del pago del retroactivo.

Sin embargo, se modificará la sentencia en cuanto ordenó la nulidad total de los actos administrativos demandados, cuando debió declarar la nulidad parcial de los mismos, puesto que, en este asunto no se esta discutiendo ni el



13-001-33-33-008-2017-00041-01

derecho reconocido a la demandante, ni su inclusión en nómina, ni el monto de la mesada reconocida, sino la negativa al pago de retroactivo en el periodo del 01 de abril de 2015 al 31 de enero de 2016.

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.

En el caso concreto, esta Corporación condenará en costas a la parte vencida en esta instancia, esto es, COLPENSIONES S.A., por no prosperarle el recurso aquí incoado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR el artículo SEGUNDO de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, la cual quedará así:

“SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. GNR302477 del 1 de octubre de 2015, GNR35098 del 2 de febrero de 2016 y VPB13328 del 22 de marzo de 2016 expedida por COLPENSIONES.”

SEGUNDO: En lo demás será confirmado el fallo apelado, por las razones aquí expuestas.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a COLPENSIONES S.A., 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.



13-001-33-33-008-2017-00041-01

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala virtual No.056 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

DIGNA MARIA GUERRA PICÓN

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-008-2017-00041-01
Demandante	OLGA ARROYO HERNÁNDEZ
Demandado	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

