



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

JUZGADO VEINTITRÉS (23) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO SECCIÓN SEGUNDA

Juez, Doctora MARÍA TERESA LEYES BONILLA

Bogotá D.C., once (11) de mayo de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA N° 0071 de 2020

Referencia: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicación: **110-01-33-35-023-2018-00245-00**
Demandante: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES**
Demandado: **LUZ STELLA ROMERO DE PEÑA**

De conformidad con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011, el **JUZGADO 23 ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SECCIÓN SEGUNDA**, procede a dictar sentencia conforme la siguiente motivación:

1. ANTECEDENTES

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, actuando por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, presentó demanda tendiente a que se declaren las siguientes:

2. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

“PRETENSIONES.

1. Que se declare la Nulidad de la Resolución GNR No 202191 del 08 de agosto de 2013, proferida por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, reconociendo una pensión de vejez, respecto de la cual se solicita la nulidad, sin tener en cuenta para ello que se trataba de una Pensión de Vejez compartida.

2. Con base en lo anterior y a título de restablecimiento del derecho:

2.1. Se reliquide la pensión de vejez de la señora LUZ STELLA ROMERO DE V PENA conforme a los requisitos pensionales de la compartibilidad enmarcados en el Acuerdo 049 de 1990 adoptado por el Decreto 758 de 1990.

2.2. Como consecuencia de lo anterior, se condene a la señora LUZ STELLA ROMERO DE PENA y a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, a reintegrar la diferencia pensional surgida desde la fecha de inclusión en nómina de pensionados.

3. Las sumas reconocidas a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, deberán ser indexadas o reconocer los intereses a que haya lugar, según el caso, con la finalidad de no causar un detrimento patrimonial a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, teniendo en cuenta la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.”

3. HECHOS DE LA DEMANDA

Las partes están de acuerdo en la existencia de los siguientes hechos que están demostrados con documentos aportados por la parte demandante y que no fueron tachados de falsos:

- 1) La señora LUZ STELLA PEÑA DE ROMERO trabajo veinte (20) años al servicio de la fundación San Juan de Dios.
- 2) El empleador San Juan de Dios, bajo ACTA DE RECONOCIMIENTO N° 0047 DEL 28 DE OCTUBRE DE 2002, reconoce y ordena el pago de una Pensión de Jubilación a la parte demandada. (folios 64-65)
- 3) Mediante petición radicado N° 2013-5394115, DEL 08 DE AGOSTO DE 2013 la demandada solicita el reconocimiento de una pensión de vejez. (Folios 38-40)
- 4) Mediante **RESOLUCIÓN GNR 202191 DEL 08 DE AGOSTO DE 2013**, COLPENSIONES le reconoció a la parte accionada el pago de una pensión vitalicia de vejez. (folios 38-40)
- 5) Mediante RESOLUCIÓN N° BZ2016_2018252-0544341, se solicita la autorización para revocar la RESOLUCIÓN GNR 202191 DEL 08 DE AGOSTO DE 2013 por estar incurso en la casual primera del artículo 93 del CPACA (folio 41).

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Invoca la parte demandante como violadas las siguientes normas:

Violación de normas legales:

Ley 100 de 1993, artículo 36.

Decreto 813 de 1994.

Decreto 758 de 1990.

Revisado el cuaderno administrativo de la señora ROMERO DE PENA LUZ STELLA se evidencia que en la Resolución GNR No 202191 del 08 de agosto de 2013 no se ajusta a derecho por que se reconoció una pensión de vejez sin tener en cuenta el carácter de compatibilidad de la misma a que venía disfrutando de una pensión de Jubilación por parte de su empleador Fundación San Juan de Dios.

De acuerdo a lo anterior Colpensiones procedió de conformidad con el Artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo de lo Contencioso Administrativo a solicitar la autorización para revocar dicho acto administrativo al peticionario mediante

comunicación externa BZ2016 2018252-0544341 del 29 de febrero de 2016, y a la fecha la señora ROMERO DE PENA no allegó autorización a la administradora para revocar dichos actos administrativos contrarios a la Ley.

4. OPOSICIÓN A LA DEMANDA POR LA SEÑORA LUZ STELLA ROMERO DE PEÑA

Con lo que respecta al art. 97 de la Ley 1437 de 2011, invocado por la demandante, donde se afirma que el Acto Administrativo que reconoció la pensión de vejez a la señora STELLA ROMERO DE PEÑA, se considera inconstitucional o ilegal o que su expedición tuvo lugar por medios ilegales o fraudulentos, no comparto el llamado a la norma por cuanto el Acto Administrativo que se demanda RESOLUCIÓN No. GNR 202191 del 08 de Agosto de 2013, expedido por COLPENSIONES reconociendo una pensión de vejez a mi prohijada, se expidió con base en información real y cierta que se alegó para la expedición de la Resolución. Otra cosa es que COLPENSIONES se haya equivocado al declarar el derecho a la pensión sin tener en cuenta el carácter de compatibilidad, es un error de la administración que no puede imputarla un tercero que ha actuado de buena fe.

Cuando la señora STELLA ROMERO DE PENA, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 41.797.864, cumplió 55 años de edad, radicó en COLPENSIONES el ACT A DE RECONOCIMIENTO No. 0047 del 28 de octubre de 2002, donde la Fundación San Juan de Dios le reconocía Pensión de Jubilación, para que COLPENSIONES le otorgara la Pensión por Vejez a la cual tenía derecho.

5. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda de la referencia fue radicada en la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos el 25 de junio de 2018 (folio 36). Posteriormente, fue admitida el 29 de junio de 2018 (folio 42) y notificada personalmente a la demandada el 27 de septiembre de 2018 (folios 49). La accionada allegó contestación a la demanda dentro del término legal el 13 de noviembre de 2018 (folio 50-61), proponiendo unas excepciones la cuales fueron fijadas en lista el 18 de diciembre de 2018 (folio 62). El día 10 de abril de 2019, se llevó a cabo la audiencia inicial de conformidad con el artículo 180 del C.P.A.C.A., en la cual se surtieron todas las etapas y se informó que la sentencia sería proferida por escrito dentro de los 30 días siguientes (folio 67-68).

6. CONSIDERACIONES

6.1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que debe resolver el Despacho, es determinar si la accionada tiene derecho o no a continuar devengando la pensión de vejez de carácter ordinaria reconocida por la entidad accionante, o en su defecto a que se le reliquide la pensiones, para que se compartida con la pensión de jubilación que le fue reconocida por la fundación San Juan de Dios – En Liquidación, conforme a los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 y el Decreto 758 de 1990. En caso negativo, si procede el reintegro o no de

los dineros percibidos por la demandada por concepto de la reliquidación pensional efectuada a través de la resolución acusada.

Para resolverlo se tendrán en cuenta las premisas fácticas, las premisas normativas, las alegaciones de los apoderados y lo que al respecto ha señalado el precedente jurisprudencial.

6.2. LAS NORMAS APLICABLES AL CASO, INTERPRETACIÓN Y JURISPRUDENCIA

El **Acuerdo No. 049 de 1990**, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, respecto de la compatibilidad de las pensiones señala:

“ARTÍCULO 16. COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES LEGALES DE JUBILACIÓN. Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse en el Instituto de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lleven 10 años o más de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$ 800.000.00) moneda corriente o superior, ingresarán al seguro obligatorio como afiliados para el riesgo de invalidez, vejez y muerte. Al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por la ley para las pensiones plenas o especiales en ella consagradas, podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y éste estará obligado a pagar dicha pensión de jubilación, pero el **patrono continuará cotizando** en este seguro **hasta cuando el trabajador cumpla con los requisitos mínimos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez**, y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, **siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere**, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado.

ARTÍCULO 17. COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES SANCIÓN. Los trabajadores que sean despedidos por el patrono sin justa causa y tengan derecho al cumplir la edad requerida por la ley, al pago de la pensión restringida de que habla el artículo 80. de la Ley 171 de 1961, tendrán derecho a que el patrono cotice para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, a partir de la fecha en que cubra dicha pensión y **hasta cuando cumplan con los requisitos mínimos exigidos** por estos Reglamentos para la pensión de vejez. En este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, **siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere**, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado.

ARTÍCULO 18. COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES EXTRALEGALES. Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, **siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere**, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado.

PARÁGRAFO. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales.

ARTÍCULO 19. SALARIO BASE PARA LAS COTIZACIONES Y APORTES PARA EL SEGURO DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE, DE LAS PENSIONES

COMPARTIDAS. Se tomará como salario base para las cotizaciones y aportes que por concepto del seguro de Invalidez, Vejez y Muerte deben cubrir los patronos al ISS para efectos de la compartibilidad de las pensiones de que trata el presente Reglamento, el valor de la pensión que se encuentre cancelando y que se vaya a compartir. (Resaltado fuera del texto)

Ahora, respecto del monto de la pensión por vejez, en el artículo 20 se estableció que el mismo es del 45% por las **primeras 500 semanas de cotización al ISS** del salario mensual de base con aumentos equivalentes al 3% del mismo salario mensual de base por cada 50 semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras 500 semanas de cotización, de esta manera:

SEMANAS	PORCENTAJE
500	45%
550	48%
600	51%
650	54%
700	57%
750	60%
800	63%
850	66%
900	69%
950	72%
1000	75%
1050	78%
1100	81%
1150	84%
1200	87%
1250	90%

Frente al tema la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Laboral señaló¹:

“La Corte Suprema de Justicia expresó que las pensiones convencionales causadas con posterioridad al 17 de octubre de 1985, como la de la demandante que lo fue el 30 de octubre de 1999, son compartibles entre el empleador y el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, desde que la organismo de seguridad social reconozca la pensión de vejez. Se refirió en los siguientes términos:

“(…)es dable aclarar que, frente a las pensiones, es distinto el concepto de la compartibilidad del de la compatibilidad, pues el primero surge conforme a los supuestos de hecho que los artículos citados disponen, esto es, que una vez se empieza a pagar la de vejez por el ISS, se comparte su valor con la que venía siendo pagada por la empresa, reconocida el 17 de octubre de 1985 siendo de cuenta de esta última su mayor valor, si lo hubiere, mientras que en el segundo no se confunden o comparten los valores de una y otra pensión, las dos se pagan separadamente, una por el Instituto y otra por la empleadora.

‘Este punto ya ha tenido oportunidad de estudiarse por la Corte. En sentencia del 18 de septiembre pasado, radicación 14240, se puntualizó, entre otras, lo siguiente:

¹ Magistrado Ponente DR. CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE. Radicación N° 40303 Acta N° 10, Bogotá D.C., 5 de abril de 2011.

“3. En varias oportunidades la Corte ha dilucidado el alcance del acervo normativo señalado por el impugnante como entendido equivocadamente y ha concluido que la pensión extralegal reconocida por un empleador antes del 17 de octubre de 1985, cualquiera sea el acto que le haya impuesto dicha obligación prestacional, esto es, contrato de trabajo, convención o pacto colectivo, laudo, o conciliación, por regla general es compatible con la pensión de vejez que alguna entidad del sistema de seguridad social también reconozca al beneficiario de aquella jubilación. A menos, ha puntualizado la jurisprudencia aludida, que por voluntad expresa de las partes se haya acordado la incompatibilidad de dichas pensiones y, por lo mismo, la compatibilidad de la pensión legal de vejez con la voluntariamente otorgada por el empresario, siempre y cuando se cumpla con los requisitos y condiciones señalados en la ley.

(...)

“Más adelante, dentro de la misma providencia reprodujo parcialmente la dictada por esta Sala el 8 de agosto de 1997, radicación 9444, en la que, entre otras, después de transcribir el artículo 5 del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el decreto 2879 del mismo año, se razonó en los siguientes términos:

“La anterior disposición se hizo más explícita en el decreto 0758 de abril 11 de 1990, que aprobó el Acuerdo 049 del 1 de febrero de ese mismo año, cuando al regular en el artículo 18 la compatibilidad de las pensiones extralegales, señaló:

Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación, reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, (fecha en que fue publicado el decreto 2879 de 1985 en el diario oficial No.37192), continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado.

“<Parágrafo-. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales>.

“Así las cosas, resulta claro que el Instituto de Seguros Sociales tan sólo comparte las pensiones extralegales cuando se causan con posterioridad a la vigencia del Decreto 2879 de 1985, es decir del 17 de octubre de ese año en adelante, si el empleador continúa aportando al Instituto para el seguro de vejez, invalidez y muerte, a menos que sean las mismas partes quienes acuerden que la pensión voluntaria patronal sea concurrente con la de vejez del I.S.S...”

También cabe recordar lo sostenido de vieja data por esta Sala de la Corte, en lo concerniente a que el hecho de que el empleador oficial, reconocedor de la pensión, no continúe cotizando para la contingencia de vejez, una vez otorgada la prestación, o que no hubiese tenido afiliado al trabajador durante la relación laboral, no conlleva irrefutablemente a que pierda validez la subrogación total o parcial, o que la pensión deba ser compatible, habida cuenta que la única consecuencia lógica de tal omisión es que queda a su cargo el mayor valor que resulte entre una y otra pensión.”

Así mismo, el Consejo de Estado², ha dispuesto:

² Consejo de Estado- Sección Segunda- Subsección “B”, sentencia del 27 de noviembre de 2008, C. P. doctora Bertha Lucía Ramírez de Paez, expediente 080012331000200402589 01 (1160-2007), actor: Oswaldo Noguera Barreneche.

“En otras palabras, la entidad patronal, es decir el ente público que afilió su personal al I.S.S., debe asumir el reconocimiento y pago transitorio de la obligación prestacional hasta cuando se cumplan los requisitos condicionales que contempla el ordenamiento jurídico respecto de los seguros que ofrece el I.S.S. y para que este, ahora sí en forma definitiva, asuma la carga prestacional concreta frente a su afiliado.

Lo anterior no significa que el I.S.S. queda exonerado del reconocimiento y pago de esta prestación social, sino que inicialmente la asume el empleador hasta cuando se satisfagan los requisitos exigidos por el I.S.S., momento a partir del cual éste asumirá su obligación.

Cuando el I.S.S. asume el riesgo de vejez sustituye al empleador en su obligación de reconocer la pensión de jubilación. Así, realmente se presenta una sustitución de la entidad encargada de asumir la obligación (aunque no tenga la misma denominación) y es por eso que resulta improcedente que simultáneamente se pueda gozar de la pensión de jubilación oficial y la de vejez otorgada por el Instituto de Seguros Sociales, pues ello contraría la prohibición contenida en el artículo 128 de la Constitución Política dado que la ley no autoriza que por los mismos tiempos de servicios estatales los funcionarios perciban dos pensiones a cargo de diferentes Instituciones.

Ahora, bien puede ocurrir que cuando el I. S.S. reconozca la prestación lo haga en cuantía inferior a la que, conforme al régimen general, tiene derecho los servidores públicos en general, ante lo cual el Ministerio de Comercio Exterior, deberá cubrir la diferencia resultante y por ello se habla de pensión compartida.”

Posteriormente, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional en la **Sentencia T-019/12³**, hizo referencia al tema, así:

“COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES DE JUBILACION Y VEJEZ

En virtud de la compartibilidad de las pensiones de jubilación y vejez, los beneficiarios de la pensión de jubilación reciben la mesada pensional del ente público o privado que ha reconocido esta prestación, pero continúan cotizando al Seguro Social con el fin de adquirir los requisitos para que esta última entidad reconozca el derecho a la pensión de vejez. Una vez esto ocurre se subroga la entidad de seguridad social al ex empleador en la obligación de pago de la misma, salvo en lo relativo al mayor valor que llegare a resultar en su contra, el cual debe sufragar al pensionado. Así, el ex empleador podría eximirse de la totalidad de la prestación de jubilación si el monto de la pensión a su cargo fuere igual o menor a la mesada de vejez pagada por la entidad de seguridad social, mientras que su obligación se extinguirá solo parcialmente si la suma sufragada por el Seguro Social tuviere un valor inferior a la que él venía reconociendo, quedando obligado entonces a desembolsar el mayor valor no cubierto por la administradora de pensiones.”

A su vez, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional en la Sentencia **T-042/16**, indicó⁴:

“2.- El fenómeno de la compartibilidad pensional en las pensiones otorgadas por los empleadores con posterioridad al 17 de octubre de 1985.

2.1. Régimen legal.

³ Referencia: expedientes T-3.114.565 y T-3.262.081. Acciones de tutela promovidas por Gerardo Antonio Lopera Uñatez contra Minera Las Brisas S.A, en liquidación judicial, y el Seguro Social Seccional Antioquia. Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Bogotá, D.C. 20 de enero de 2012.

⁴ Referencia: expediente T-5163788. Acción de tutela interpuesta por José Trinidad Orduz Cardozo y otros contra Acerías Paz del Río S.A. Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. Bogotá D.C., 9 de febrero de 2016.

Con la expedición del Decreto 2879⁵ de 1985, aprobatorio del Acuerdo 029 del Instituto de Seguros Sociales, se estableció la figura de la compartibilidad para las pensiones extralegales reconocidas por los empleadores a sus trabajadores por medio de convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o de forma voluntaria a partir de la fecha de expedición del mencionado Decreto. La precitada norma, fue derogada por el Decreto 758 de 1990, vigente en la actualidad, que mantiene la figura de la compartibilidad en las mismas condiciones establecidas en la norma anterior. El artículo 18 del Decreto 758 de 1990, dispone lo siguiente: (...)

La norma citada regula la situación en la cual a un trabajador que recibe una pensión extralegal (concedida con posterioridad al 17 de octubre de 1985), le es reconocida una legal por parte del Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones). La consecuencia jurídica que la norma le asigna a esta situación, es que desde el momento en que el I.S.S. o Colpensiones reconoce la legal, **el empleador se subroga en su obligación de pagar la extralegal quedando a su cargo únicamente la diferencia entre la extralegal y la legal cuando la primera es de mayor valor que la última. En el caso en que la legal sea mayor a la extralegal, el empleador quedará relevado totalmente de su obligación por lo que no quedaría a su cargo ningún valor.**

Se trata de una subrogación en la que el empleador, como deudor de la pensión de jubilación, es reemplazado en su obligación de pagar las mesadas por el I.S.S. o Colpensiones, quien será el nuevo deudor, pero solo de los valores reconocidos por concepto de la de vejez con arreglo a la Ley. Se habla entonces de compartibilidad porque entre el empleador y la administradora de pensiones, comparten el pago de la pensión del trabajador.

Lo anterior es lo que se conoce como el fenómeno jurídico de la compartibilidad pensional que se opone a la figura de la compatibilidad pensional donde un trabajador está legitimado a recibir dos mesadas pensionales de distinta fuente. En el caso de las extralegales, el empleador no se subrogaría en el pago de las mesadas a su cargo con el reconocimiento de la legal, lo que puede suceder por dos razones, ambas enunciadas en el artículo 18 del Decreto 758 de 1990:

La primera hipótesis se da cuando la pensión extralegal que concurre con la legal fue reconocida con anterioridad al 17 de octubre de 1985. Lo anterior, por cuanto la figura de la compartibilidad fue establecida por el Decreto 2879 de 1985 que entró en vigencia el 17 de octubre del mismo año. Si bien esta normativa fue derogada por el Decreto 758 de 1990, esta nueva disposición precisó que el fenómeno de la compartibilidad podría afectar únicamente a las pensiones extralegales reconocidas con posterioridad al 17 de octubre de 1985.

La segunda situación en la que no se daría la compartibilidad, sería aquella en la que en la convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes en que se establecieron los requisitos para acceder a la extralegal, se hubiere dispuesto expresamente que la pensión no sería compartida con aquella eventualmente reconocida por la administradora de pensiones.

En aras de dar claridad sobre la diferencia entre la compatibilidad y la compartibilidad que operan entre las extralegales y aquellas reconocidas por el I.S.S. y Colpensiones resulta pertinente traer a colación lo dicho por la Sala de Casación Laboral de Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de enero de 2001⁶:

“En ese orden es dable aclarar que, frente a las pensiones, es distinto el concepto de la compartibilidad del de la compatibilidad, pues el primero surge conforme a los supuestos de hecho que los artículos citados disponen, esto es, que una vez se

⁵ Por el cual se aprueba el Acuerdo Número 029 del 26 de septiembre de 1985, emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios.

⁶ Rad No. 14207.

empieza a pagar la de vejez por el ISS, se comparte su valor con la que venía siendo pagada por la empresa, reconocida el 17 de octubre de 1985 siendo de cuenta de esta última su mayor valor, si lo hubiere, mientras que en el segundo no se confunden o comparten los valores de una y otra pensión, las dos se pagan separadamente, una por el Instituto y otra por la empleadora”.

En 2015 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre la figura de la compartibilidad pensional reiterando que:

“En incontables ocasiones esta Sala de la Corte ha considerado que el efecto natural de la compartibilidad entre una pensión de jubilación extralegal y una de vejez, es que a partir del cumplimiento de los requisitos para acceder a la segunda, el empleador que venía pagando la de jubilación solo quedará obligado a cancelar, si lo hubiere, el mayor valor que resulte. Es lo que se conoce como subrogación que, comporta la sustitución del deudor de la obligación surgida en virtud de lo dispuesto en la ley que, como ya se dijo, puede ser total o parcial”⁷.

De esta manera, pueden desprenderse del artículo 18 del Decreto 758 de 1990 dos obligaciones a cargo del empleador que haya reconocido previamente una pensión de jubilación a sus trabajadores: La primera, consiste en continuar haciendo las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones a nombre del trabajador mientras este cumple con los requisitos exigidos por la ley para la obtención de la de vejez. La segunda está supeditada al hecho de que el monto de las mesadas por vejez sea inferior a las que venía reconociendo el empleador por concepto de la de jubilación. En el segundo caso, el empleador deberá continuar pagando al trabajador la diferencia entre la extralegal y la legal, de manera que el reconocimiento de esta última no le signifique al jubilado una disminución injustificada de las mesadas que le venía reconociendo el empleador. Sobre este particular, esta Corporación en Sentencia T-438 de 2010, anotó:

“Del régimen jurídico de la compartibilidad pensional puede concluirse que (i) las pensiones extralegales otorgadas después del 17 de octubre de 1985 tienen vocación subrogatoria, esto es, que la pensión de jubilación otorgada por el empleador se entiende que es compartida con el Instituto hasta que el trabajador cumpla con los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez, excepto en aquellos casos en que las partes hayan pactado lo contrario; (ii) que una vez el ex trabajador reúna los requisitos legales y obtenga el reconocimiento de la pensión de vejez el empleador se libera de su obligación si la prestación reconocida es igual o mayor a la que él venía cancelando y (iii) que antes del 15 de octubre de 1985, la pensión de jubilación se entendía como una prestación extralegal, que no se subrogaba al reconocimiento que hiciera de la pensión de vejez el Instituto de Seguros Sociales, pues subsistía junto a ésta, a no ser que se estableciera pacto en contrario”.

Ante este panorama normativo y jurisprudencial resulta claro que cuando opera la compartibilidad y la pensión extralegal es mayor a la legal, le corresponde al empleador seguir pagando al jubilado la diferencia entre la mesada pagada por este y aquella reconocida por la administradora de pensiones. Sobre el particular, la Corte manifestó, en sentencia T-019 de 2012, lo siguiente:

“Una vez esto ocurre se subroga la entidad de seguridad social al ex empleador en la obligación de pago de la misma, salvo en lo relativo al mayor valor que llegare a resultar en su contra, el cual debe sufragar al pensionado. Así, el ex empleador podría eximirse de la totalidad de la prestación de jubilación si el monto de la pensión a su cargo fuere igual o menor a la mesada de vejez pagada por la entidad de seguridad social, mientras que su obligación se extinguirá solo parcialmente si la suma sufragada por el Seguro Social tuviere un valor inferior a la que él venía reconociendo, quedando obligado entonces a desembolsar el mayor valor no cubierto por la administradora de pensiones”.

⁷ Rad No. 14207.

Esta obligación que tiene el empleador de seguir pagando el mayor valor, lleva consigo la garantía de que a este no le serán cobradas aquellas sumas que con arreglo a la ley deban ser asumidas por la administradora de pensiones, precisamente porque la figura de la compartibilidad libera al empleador de su carga prestacional en la proporción que es asumida por la entidad pública. (Resaltado fuera del texto)

La figura de la compartibilidad pensional fue establecida por primera vez en el artículo 60 del Decreto 3041 del 19 de diciembre de 1966, el cual consagraba que "(...) Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lleven 15 años o más de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000) moneda corriente o superior, ingresarán al Seguro Social obligatorio como afiliados para el riesgo de invalidez, vejez y muerte. **Al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por el Código Sustantivo del Trabajo podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y este estará obligado a pagar dicha jubilación, pero continuarán cotizando en este seguro hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por el instituto para otorgar la pensión de vejez, y en este momento el instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el instituto y la que le venía siendo pagada por el patrono (...)**"

Esta figura, inicialmente, sólo se aplicaba para las pensiones reguladas por el Código Sustantivo del Trabajo. Sin embargo, el Acuerdo 29 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de ese mismo año⁸, hizo extensiva la compartibilidad a las pensiones reconocidas por los empleadores con base en convenciones colectivas, laudos arbitrales o de forma voluntaria. Asimismo, la comparabilidad no era un fenómeno único del sector privado, pues como lo ha puesto de presente el Consejo de Estado, la "(...) pensión compartida se ha dado también de manera excepcional en el régimen de los empleados públicos, cuando la entidad ha afiliado a sus servidores al Instituto de Seguros Sociales, como ha sucedido en el Servicio Nacional de Aprendizaje, HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS (...)"⁹.

El referido Decreto 2879 de 1985 fue modificado por el Decreto 758 de 1990, mediante el cual se aprobó el Acuerdo 49 de ese mismo año. En el artículo 18 de este último decreto se estableció lo siguiente respecto a la compartibilidad pensional:

“ARTÍCULO 18. COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES EXTRALEGALES. *Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, **que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación** reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, causadas a partir del 17*

⁸ Decreto 2879 de 1985, artículo 5.º. «Los patronos inscritos en el Instituto de Seguros Sociales, que a partir de la fecha de publicación del decreto que apruebe este Acuerdo, otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en Convención Colectiva, Pacto Colectivo, Laudo Arbitral o voluntariamente, continuarán cotizando para los seguros de Invalidez, Vejez y Muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de Vejez y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono.

La obligación de seguir cotizando al Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, de que trata este artículo, sólo rige para el patrono inscrito en el Instituto de Seguros Sociales.

PARÁGRAFO 1. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva Convención Colectiva, Pacto Colectivo, Laudo Arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales».

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", auto del 24 de octubre de 2018, rad. 54001-23-33-000-2015-00026-01(0716-16), Cp. William Hernández Gómez.

de octubre de 1985, **continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado.**

PARÁGRAFO. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales. (...)” – Negrilla fuera de texto -

Frente a la compartibilidad pensional, la Corte Constitucional ha señalado¹⁰:

*“(...) La norma citada regula la situación en la cual a un trabajador que recibe una pensión extralegal (concedida con posterioridad al 17 de octubre de 1985 como en el presente caso), le es reconocida una legal por parte del Instituto de Seguros Sociales (hoy COLPENSIONES). La consecuencia que la norma le asigna a esta situación, es que **desde el momento en que COLPENSIONES reconoce una pensión legal, como lo es la de jubilación o de vejez, el empleador se subroga en su obligación de pagar la extralegal. Es decir, solo queda a su cargo únicamente la diferencia entre la extralegal y la legal, cuando la primera es de mayor valor. En el caso en que la legal sea mayor a la extralegal, el empleador quedará relevado totalmente de su obligación por lo que no quedaría a su cargo ningún valor.***

*Como lo recordó la **sentencia T-042 de 2016**¹¹, se trata de una subrogación en la que el empleador, como deudor de la pensión de jubilación, es reemplazado en su obligación de pagar las mesadas por COLPENSIONES, quien será el nuevo deudor, pero solo de los valores reconocidos por concepto de la de vejez con arreglo a la Ley. Se habla entonces de compartibilidad porque entre el empleador y la administradora de pensiones, comparten el pago de la pensión del trabajador; lo que se diferencia de la figura de la compatibilidad pensional, incorporada también por el Decreto en mención, donde un trabajador está legitimado a recibir dos mesadas pensionales de distinta fuente. (...)”.* – Negrillas y subrayas fuera de texto -

De acuerdo con la anterior reseña normativa y jurisprudencial, se puede colegir lo siguiente respecto a la compartibilidad pensional:

Su finalidad era que el empleador que reconociera a un trabajador una **pensión de jubilación**, ora de origen convencional, de un pacto colectivo o voluntaria, como sucedía en el sector privado, ora porque cumplía los requisitos establecidos en la ley para acceder a dicha prestación y no se le había afiliado a fondo pensional alguno, como ocurría en el sector público, debía continuar realizando cotizaciones al ISS para los seguros de vejez, invalidez y muerte, a nombre de este, hasta que cumpliera los requisitos legales para acceder a la **pensión de vejez**.

Una vez reconocida la **pensión de vejez** por parte del I.S.S. (hoy COLPENSIONES), la cual se estructuraba únicamente con los aportes realizados por el empleador en nombre

¹⁰ Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, sentencia T-385 del 22 de julio de 2016, Mp. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-042 de 2016. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

del empleado pensionado, ese empleador quedaba subrogado en su obligación pensional por el I.S.S., a menos de que **la pensión de jubilación** pagada por el empleador fuese superior a la **pensión de vejez**. En ese caso, el mayor valor resultante entre la pensión de **jubilación** y la de **vejez**, sería reconocido por el empleador, es decir, que “(...) el empleador sólo deberá concurrir al mayor valor, si a ello hubiere lugar (...)”¹².

Resulta importante mencionar que cuando el artículo 18 del Acuerdo 49 de 1990 establece que el mayor valor deberá ser subvencionado por el empleador, se refiere a la diferencia resultante entre la cuantía de la pensión de jubilación pagada por el empleador en relación con el monto de la pensión de vejez reconocida por el I.S.S., y no al revés, pues mientras que aquella fue reconocida por el empleador cuando se presentaron ciertas circunstancias (supra), esta última está constituida únicamente por los aportes que se realizaron por parte del empleador pensionante al I.S.S.; de ahí que su cuantía se establezca de acuerdo a lo preceptuado en las normas que rigen el sistema general de seguridad social en pensión, sin ninguna otra condición especial. De hecho, si la pensión de vejez es superior a la de jubilación, no se habla de la existencia de un mayor valor sino de la subrogación total de la obligación pensional por parte del empleador.

7. CASO CONCRETO

Desarrollado el marco normativo correspondiente al caso sub examine, procede el Despacho a analizar si el acto administrativo demandado, al no haber señalado de forma expresa que la pensión de vejez reconocida al demandado se basaba en la figura de la compatibilidad pensional, está viciado de nulidad.

De acuerdo con las pruebas arrojadas al plenario, se tiene que mediante ACTA DE RECONOCIMIENTO N° 0047 DEL 28 DE OCTUBRE DE 2002, el Hospital San Juan de Dios le reconoció pensión de jubilación a la señora LUZ STELLA ROMERO DE PEÑA, por haber reunido los requisitos pensionales, en cuantía de \$978.996, a partir del 1° de noviembre de 2002.

De igual manera, se encuentra probado que mediante RESOLUCIÓN N° 0073 DE 18 DE JUNIO DE 2003, el Hospital San Juan de Dios liquidó unas mesadas pensionales adeudadas, entre esas la de la accionante,

También está demostrado que COLPENSIONES, a través de la RESOLUCIÓN GNR 2020191 DEL 08 DE AGOSTO DE 2013, reconoció pensión ordinaria de vejez a la señora ROMERO DE PEÑA, con base en lo establecido en el Decreto 758 de 1990, el cual le fue aplicado por ser beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en cuantía de \$1.460.111, **a partir del 1° de agosto de 2013**, la cual se tasó teniendo en cuenta, principalmente, los aportes pensionales efectuados por el Hospital San Juan de Dios desde el 29 de noviembre de 1982 hasta el 29 de noviembre de 2002. Igualmente, en su artículo segundo dispuso que “(...) La presente prestación **junto con el retroactivo si hay lugar a ello**, será ingresado en nómina del periodo 201308 que se paga en el periodo 201309 (...)”.

¹² Consejo de Estado, auto del 24 de octubre de 2018, Op. Cit.

Finalmente, el Hospital San Juan de Dios, mediante RESOLUCIÓN N° 0166 DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2016, declaró la compartibilidad pensional de la pensión de la señora LUZ STELLA ROMERO DE PEÑA, entre la reconocida por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la EXTINTA FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS – EN LIQUIDACIÓN, correspondiente a la diferencia por mayor valor, desde el 01 de agosto de 2013, hasta que subsistan las causales que dieron origen a la misma.

Pues bien, a juicio de la entidad demandante, el acto administrativo acusado está viciado de nulidad parcial porque al no indicarse de forma expresa que la pensión de vejez reconocida a la señora ROMERO DE PEÑA tenía como sustento la compartibilidad, su cuantía pensional se tasó en una suma superior a la que legalmente correspondía.

Para el Despacho los argumentos expuestos por COLPENSIONES no tienen ningún asidero jurídico por las siguientes razones:

En primer lugar, es necesario mencionar que la compartibilidad pensional no es un régimen pensional en sí mismo que establezca de forma autónoma la forma en que se liquidan las pensiones, sino que, como se indicó ut supra¹³, es una figura aplicable a los trabajadores que han sido pensionados por sus empleadores, que les garantiza que posteriormente el pago de su prestación pensional estará a cargo de la administradora del RPM. En virtud de esta figura, una vez reconocida la pensión por los empleadores, estos están en la obligación de seguir cotizando al Sistema General de Pensiones a nombre del trabajador, hasta que este reúna los requisitos legales para acceder a la pensión ordinaria de vejez. Reunidos estos requisitos, COLPENSIONES reconoce la pensión de vejez al trabajador, subrogando al empleador en el pago de la pensión, quedando a cargo de este último únicamente el mayor valor de la pensión que otrora venía pagando, en caso de existir.

Entonces, comoquiera que la pensión concedida a la señora ROMERO DE PEÑA por COLPENSIONES a través de la RESOLUCIÓN GNR 2020191 DEL 08 DE AGOSTO DE 2013, por una parte, se sustentó principalmente en los aportes parafiscales que el Hospital San Juan de Dios realizó en nombre de la demandada, y por otra, fue reconocida y liquidada con base en el artículo 12 del Acuerdo 49 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, el cual establece la pensión ordinaria de vejez y le fue aplicado a la señora ROMERO DE PEÑA por ser beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, encuentra el Despacho que dicha resolución se ajustó a la figura de la compartibilidad pensional, toda vez que el monto de dicha prestación se tasó con base en los aportes realizados por el empleador y a las normas que regulan la pensión ordinaria de vejez.

Ahora, no puede aducirse que la pensión de vejez reconocida la señora ROMERO DE PEÑA generó un “mayor valor”, pues como se aclaró en el marco normativo, dicho mayor valor sólo se puede predicar del monto de la pensión de jubilación reconocida por el Hospital San Juan de Dios, en comparación con la pensión de vejez pagada por COLPENSIONES, y no al revés. Por ende, en el evento en que la prestación reconocida por COLPENSIONES fuera superior a la pagada por el Hospital San Juan

¹³ Numeral 3º de la parte considerativa de este fallo.

de Dios, no se presentaría un mayor valor entre las prestaciones sino una subrogación total de la obligación pensional del Hospital San Juan de Dios; situación que tampoco se presenta en el sub iudice, pues se demostró que el Hospital San Juan de Dios, a partir del año 2016, viene pagando la señora ROMERO DE PEÑA una mesada que corresponde a la diferencia resultante entre la pensión de jubilación, ya extinta, y la pensión de vejez, reconocida por COLPENSIONES.

En segundo lugar, tampoco era necesario que en la RESOLUCIÓN GNR 2020191 DEL 08 DE AGOSTO DE 2013 se indicara que la pensión reconocida a la señora ROMERO DE PEÑA se basaba en la figura de la compatibilidad, ya que esto carecería de cualquier efecto útil porque afectaba la forma de liquidar tal prestación, ni las obligaciones pensionales de COLPENSIONES. De hecho, la referencia a la figura de la compatibilidad pensional solo era necesaria en la pensión de jubilación que el Hospital San Juan de Dios le había reconocido al demandado, para así poder establecer la condición resolutoria de subrogación de obligaciones pensionales con el ISS (hoy COLPENSIONES) y posteriormente declarar la pérdida de fuerza de ejecutoria del acto de reconocimiento pensional, lo que en efecto ocurrió.

De modo que realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial y los supuestos fácticos de la demanda, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda **no están llamadas a prosperar**. En consecuencia, el acto administrativo acusado conserva su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que lo ampara.

8. COSTAS

Finalmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte accionante, de las cuales hacen parte las agencias de derecho, pues conforme al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 no se ha comprobado temeridad o mala fe de la parte. El Consejo de Estado ha señalado: “(...) sólo cuando La Juez, después de valorar la conducta de las partes, compruebe que hubo uso abusivo de los medios procesales es del caso condenar en costas lo que, contrario sensu, significa que si la conducta procesal fue correcta no es posible acceder a la condena en costas”¹⁴, y en vigencia de la Ley 1437 de 2011 ha reiterado¹⁵, acudiendo a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-342/2008, que: “En ese orden, como las costas procesales se orientan a sancionar el ejercicio abusivo de los instrumentos judiciales o el desgaste procesal innecesario de la parte demandada y de la propia administración de justicia, **su reconocimiento debe atender tal naturaleza y las circunstancias de cada caso.**” (Énfasis del Juzgado). Tampoco se comprobaron los hechos que, conforme lo exige el artículo 365-8 del C. G. del P., dan lugar a las costas.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Veintitrés (23) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

¹⁴Sentencia 25 de mayo 2006 Subsección B, C. P. Dr. Jesús María Lemos, Radicación No. 25000-23-25-000-2001-04955-01 (2427-2004) Demandado: BOGOTÁ-D.C.- Sria. EDUCACIÓN.

¹⁵Consejo de Estado- Sección Primera, auto del 17 de octubre de 2013, expediente No. 15001-23-33-000-2012-00282-01, C.P. GUILLERMO VARGAS AYALA.

RESUELVE

PRIMERO: Se niegan las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas.

SEGUNDO: No se condena en costas ni agencias en derecho a la parte accionante, por las razones expuestas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaria del Juzgado **DEVUÉLVASE** a la interesada el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación y las anotaciones de ley, **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Maria Teresa Leyes Bonilla
MARIA TERESA LEYES BONILLA
Juez

MCHL