



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE Sala Primera de Decisión Oral

Sincelejo, diez (10) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-009-2015-00081-01
DEMANDANTE:	MARÍA DEL ROSARIO DÁVILA DE JARABA
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES -
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir los Recursos de Apelación interpuestos por las partes, contra la sentencia adiada 14 de marzo de 2016, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Sincelejo, mediante la cual, se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

MARÍA DEL ROSARIO DÁVILA DE JARABA, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho solicita la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones Nos. GNR 232081 de 11 de septiembre de 2013 y VPB de 13 de agosto de 2014, proferidas por la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES -, a través de las cuales, se le reconoció una pensión de sobreviviente y se negó la reliquidación de la misma, respectivamente.

¹ Folio 2, del cuaderno de primera instancia.

A título de restablecimiento del derecho, pide que se ordene a la entidad demandada, reliquidar dicha pensión, equivalente al 75% del IBL, sobre el promedio de lo devengado por su cónyuge supérstite, señor Álvaro Samuel Jaraba Tirado, durante toda su vida laboral, teniendo en cuenta todos los factores salariales como bonificación por servicio, prima de servicio, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de productividad, factor individual, factor plural y subsidio de alimentación.

Asimismo, solicita se condene a la parte accionada, a pagar las diferencias reconocidas desde el 22 de enero de 2011, día siguiente al fallecimiento de su cónyuge.

Finalmente, insta se condene a pagar, sobre las mesadas adeudadas, las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al I.P.C.

1.2.- Hechos²:

El señor Álvaro Samuel Jaraba Tirado, contrajo matrimonio con la señora María del Rosario Dávila de Jaraba el día 28 de octubre de 1972, fecha desde la cual convivieron de manera ininterrumpida, hasta el fallecimiento de aquel, el día 21 de enero de 2011.

Con ocasión del fallecimiento del señor Álvaro Samuel Jaraba Tirado, a la accionante le fue reconocida una pensión de sobreviviente, mediante Resolución No. GNR 232081 de fecha 11 de septiembre de 2013, equivalente al 75% del IBL, sin la inclusión de los factores salariales devengados por el causante.

La parte actora, por conducto de apoderado judicial presentó recurso de reposición contra la anterior resolución, con el fin de que se le reliquidará su pensión, utilizando el sistema de IBL más favorable de los establecidos en el Art. 21 de la ley 100 de 1993.

² Folios 1 - 2, del cuaderno de primera instancia.

La entidad accionada mediante Resolución No. VPB 13427 de 13 de agosto de 2014, confirmó la decisión objeto de reposición, teniendo en cuenta que no era procedente la inclusión de los factores laborales percibidos por el señor Álvaro Samuel Jaraba Tirado, por no haber dejado causada la pensión de vejez.

1.3.- Contestación de la demanda:

La entidad accionada, no contestó la demanda.

1.4. Sentencia impugnada³:

El Juzgado Noveno Administrativo Oral de Sincelejo, mediante sentencia del 14 de marzo de 2016, declaró la nulidad parcial de los actos demandados, como consecuencia, ordenó a COLPENSIONES, reliquidar la pensión de sobreviviente de la señora MARÍA DEL ROSARIO DÁVILA DE JARABA, con la opción que resulte más favorable entre las posibilidades que consagra el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, advirtiéndole por un lado, que deberá incluirse como factores salariales, además de la asignación básica, la bonificación por servicios prestados y por el otro, que el monto seguirá siendo el máximo reconocido, es decir, el 100%, con una tasa de reemplazo del 75%.

Precisó, que de acuerdo con las pruebas aportadas y lo pedido en la demanda, el régimen legal que debe aplicarse para determinar los factores salariales con los cuales se debe liquidar la pensión de sobrevivientes en el *sub examine*, es el Decreto 1158 de 1994 y no el previsto en la Ley 33 de 1985.

1.5.- Los recursos.

Parte demandante⁴: Impugnó la decisión del *A quo*, manifestando, que si bien el Decreto 1158 de 1994, dispuso una lista de factores salariales, no es

³ Folios 86 - 92, cuaderno de primera instancia.

⁴ Folios 97 - 100, cuaderno de primera instancia.

menos cierto que el ingreso base de cotización, puede estar integrado por otros factores previstos en otras normas especiales.

Puntualiza, que todos los factores salariales devengados por el cónyuge superviviente constituyen el IBC, *“de tal manera que excluirlas por no encontrarse alguno de ellos en el Decreto 1158 de 1994, sería despojar a la demandante de unos derechos que adquirió el señor JARABA TIRADO, los cuales ahora deben ser reconocidos según las voces del artículo primero del Acto Legislativo 01 de 2005, al preceptuar que para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado cotizaciones”*.

Concluye, que en la sentencia debió definirse, cuál de los promedios establecidos en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, le resultaba más favorable para la accionante y no dejar incierta tal situación.

Parte demandada⁵: Inconforme con la decisión de primer grado, la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES -, la impugnó, alegando que no debió ordenarse la reliquidación pensional de sobreviviente, toda vez que el señor Álvaro Samuel Jaraba Tirado, no dejó causada la pensión de vejez.

Recalca, que el IBL debe establecerse de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y no con lo previsto en la Ley 33 de 1985, toda vez que la Honorable Corte Constitucional ha establecido, que el ingreso base de liquidación, no es un aspecto de la transición legislativa.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

Mediante autos de 30 de septiembre y 5 de octubre de 2016⁶, se admitieron los recursos de apelación interpuestos por las partes, contra la sentencia de 14 de marzo de 2016.

⁵ Folios 115 - 117, cuaderno de primera instancia.

⁶ Folios 4 y 10, cuaderno de segunda instancia.

- Posteriormente, a través de auto de 9 de noviembre de 2016⁷, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, llamado al que no atendieron los interesados.

- El señor Agente del Ministerio Público delegado ante este Tribunal, no emitió concepto de fondo en esta oportunidad.

2.- CONSIDERACIONES

Cuestión preliminar. Impedimento

La Dra. SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA, se declara impedida acudiendo a la causal 2 del art. 141 del C. G. del P., en concordancia con el art. 130 del CPACA, anotando que tuvo conocimiento de este proceso en instancia anterior.

En atención a lo anterior, para la Sala, indiscutiblemente, se acredita el supuesto fáctico y normativo de impedimento, manifestado por la Magistrada SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA, por lo tanto, en aras de garantizar la imparcialidad y objetividad del proceso de la referencia, se aceptará su impedimento.

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁷ Folio 19, del cuaderno de segunda instancia.

2.2. Problema Jurídico.

Teniendo en cuenta los motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, considera la Sala, que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar:

¿Tiene derecho la accionante, a la reliquidación de su pensión de sobreviviente, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados por su finado cónyuge Álvaro Samuel Jaraba Tirado, durante toda su vida laboral, bajo el régimen de la Ley 100 de 1993?

2.3.- Análisis de la Sala.

2.3.1.- El Ingreso base de Liquidación de la Pensión de sobreviviente, bajo el del sistema general de pensiones - Ley 100 de 1993 - , - factores salariales de liquidación.

La pensión de sobreviviente, se edifica bajo los principios constitucionales de solidaridad y protección familiar y ha sido prevista por el legislador - Ley 100 de 1993 - con la finalidad de mitigar las contingencias económicas, que se presentan en el núcleo de una familia, con ocasión de la muerte de la persona que suministraba el sustento vital del mismo y quien a la vez, devengaba en vida una pensión de vejez o tenía derecho a su reconocimiento.

Con relación al ingreso base de liquidación de dicha prestación, el sistema general de pensiones - Ley 100 de 1993 - lo ha definido como el **promedio de los salarios o rentas sobres los cuales ha cotizado el afiliado, durante alguno de los siguientes periodos:**

1. Diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, ó
2. En todo el tiempo, si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia.

Ahora bien, en cuanto a los factores salariales con los cuales se debe liquidar en aplicación al sistema general de pensiones, el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, que modificó el artículo 6° del Decreto 691 de 1994 - reglamentario de la Ley 100 de 1993 -, dispuso:

"El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g) La bonificación por servicios prestados;"*

Valga la pena aclarar, que el listado de factores salariales **previstos en el sistema general de pensiones - Ley 100 de 1993, Decretos 691 y 1158 de 1994** -, se encuentra en un catálogo taxativo, respecto del cual la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, no ha admitido o fijado una interpretación, tendiente a establecer que dicho listado sea una enunciación legal, que no impida la inclusión de otros factores devengados por el empleado, por lo que mal podría invocarse otros factores, que no se encuentran enlistados en tal norma.

De ahí que la lectura textual de la norma en comento, conlleve la conclusión ya anotada.

2.3.2 Caso en concreto

En el proceso se encuentran demostrados, los siguientes supuestos fácticos de relevancia para tomar decisión de fondo:

- El señor Álvaro Samuel Jaraba Tirado, nació el día 2 de agosto de 1950 y falleció el 21 de enero de 2011⁸.
- La señora María del Rosario Dávila de Jaraba y el señor Álvaro Samuel Jaraba Tirado, contrajeron matrimonio el día 28 de octubre de 1972⁹.
- Con ocasión del fallecimiento del señor Álvaro Samuel Jaraba Tirado, a la accionante le fue reconocida una pensión de sobreviviente mediante Resolución No. GNR 232081, de fecha 11 de septiembre de 2013, en los siguientes términos:

"Que para obtener el ingreso base de liquidación de la presente prestación, se dará aplicación a lo establecido en el artículo 21 de la ley 100 de 1993.

(...)

Que a partir de lo anteriormente enunciado se procedió a realizar la liquidación de la prestación reconocida, la cual se resume de la siguiente manera:

IBL: 1.376.501 x 75.00% = \$1.032.376.

(...)

RESUELVE

(...)

ARTÍCULO SEGUNDO: *Reconocer y ordenar el pago de una pensión de sobrevivientes a partir de 21 de enero de 2011 en los siguientes términos y cuantías:*

2012	1.070.884.00
2013	1.097.014.00

⁸ Cédula de Ciudadanía y Registro civil de defunción, visibles a Fls. 21 y 19, respectivamente.

⁹ Registro civil de matrimonio, visible a Fl. 18.

Valor mesada actual: \$1.0970.014.00

DAVILA DE JARABA MARIA DEL ROSARIO, ya identificada, en calidad de cónyuge o compañera con un porcentaje de 100.00%. La pensión reconocida es de carácter vitalicio..."¹⁰

- Mediante Resolución No. VPB de 13 de agosto de 2014, COLPENSIONES confirmó la decisión anterior¹¹.

Sea lo primero advertir, que la controversia no radica en el reconocimiento pensional o la aplicación de algún régimen de transición distinto al del régimen general de pensiones¹², sino en establecer los factores salariales a tener en cuenta, a efectos de la reliquidación pretendida, bajo el contenido de la ley 100 de 1993¹³.

Bajo ese entendido, encuentra la Sala, que la decisión del A quo estuvo acertada, por las razones que se pasan a mencionar.

La reliquidación de la pensión se debía ordenar teniendo en cuenta el listado taxativo que prevé el Decreto 1158 de 1994, que modificó el artículo 6° del Decreto 691 de 1994 - reglamentario de la Ley 100 de 1993 - y no conforme a otras normas como el Decreto 1045 de 1978, como lo pretende la recurrente, pues, como se dijo en líneas anteriores, no se ha admitido o fijado una interpretación tendiente a establecer que dicho listado, sea una enunciación legal que no impida la inclusión de otros factores devengados por el empleado.

Aunado a ello, hay que destacar que la aplicación del Decreto 1045 de 1978, resultaría además improcedente, atendiendo que dicha normativa esta prevista en un régimen anterior del sistema general de pensiones, el

¹⁰ Visible a Fls. 11 a 14.

¹¹ Visible a Fls. 16 y 17.

¹² Como sería la ley 33 de 1985 o el Acuerdo 049 de 1990 propio del Seguro Social.

¹³ Podría pensarse en la ausencia de competencia para conocer del presente asunto, dado que se trata de un conflicto entre quien reconoce la pensión y el trabajador; empero, el art. 104 del CPACA, atribuye competencia a este Tribunal, por efecto del factor orgánico de quien expide el acto administrativo demandado (ente público).

cual no ha sido pretendido por la accionante. Admitir tal petición, a estas alturas del proceso, sería tanto como modificar la demanda¹⁴.

En ese orden, el factor salarial a tener en cuenta a efectos de la reliquidación solicitada, tal como lo adujo el A quo, sería, además de la asignación básica mensual, la de bonificación por servicios prestados, de conformidad con la certificación expedida por la División de Gestión Administrativa y Financiera de la DIAN¹⁵ y según lo dispuesto en el Decreto 1158 de 1994, que modificó el artículo 6° del Decreto 691 de 1994 - reglamentario de la Ley 100 de 1993.

En lo concerniente a que la sentencia debió definir, cuál de los promedios establecidos en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, le resultaba más favorable para la accionante, la Sala advierte que la sentencia fue congruente, tanto con la fijación del litigio, como con las pretensiones de la demanda, las cuales estaban encaminadas a ordenar a la entidad accionada, reliquidar la pensión de sobreviviente, establecido **sobre el promedio que devengó el señor Álvaro Samuel Jaraba Tirado, durante toda su vida laboral, con la inclusión de todos los factores salariales** y en ese sentido se tomó la decisión, así:

“Pues bien, tal como se expuso en líneas anteriores, en cuanto a la disposición legal que debe aplicarse para determinar los factores salariales con los cuales se debe liquidar la pensión de sobrevivientes, según lo pedido por la parte demandante - sistema general de pensiones de la L. 100/1993 -, son los previstos en el art. 1° del D. 1158/1994, que modificó el art. 6° del D. 691/1994, y no todos los devengados, como eventualmente puede reconocerse cuando el petitum se circunscribe al régimen de transición, con la aplicación consecuente de la Ley 33 de 1985, que para tal caso, tampoco sería durante toda la vida del trabajador sino durante el último año de prestación de servicios.

(..)

¹⁴ Vale la pena anotar, que al tener el derecho pensional la connotación de imprescriptible, bien puede solicitarse en otra oportunidad, la reliquidación del mismo, invocándose la aplicación de otro régimen diferente, al pretendido a lo largo de este proceso, es decir, el sistema general de pensiones Ley 100 de 1993, lógicamente, siempre y cuando se reúnan las condiciones legales para ello.

¹⁵ Militante a Fls. 22-24.

Ordénese a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a título de restablecimiento del derecho, a reliquidar la pensión de sobrevivientes reconocida a la accionante, con la opción que resulte más favorable entre las posibilidades que consagra el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, advirtiendo por un lado, que deberá incluirse como factores salariales además de la asignación básica, la bonificación por servicios prestados, y por el otro, que el monto seguirá siendo el máximo reconocido, es decir, el 100%, con una tasa de reemplazo del 75%.”¹⁶

Por todo lo expuesto, esta Sala confirmará la sentencia objeto de apelación.

3. CONDENA EN COSTAS. SEGUNDA INSTANCIA

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1º 2º y 3º del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la parte demandada y se ordenará su liquidación, de manera concentrada, por el A quo, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo, lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: ACEPTAR el impedimento para conocer de la presente providencia, formulado por la Dra. SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA, de conformidad con lo expuesto.

¹⁶ Ver Fl. 91, cuaderno de primera instancia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia adiada 14 de marzo de 2016, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Sincelejo, de conformidad con las razones señaladas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada. En firme la presente providencia, por el A quo, de manera concentrada, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 C.G.P.

CUARTO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFIQUÉSE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE
Aprobada en sesión de la fecha, Acta No. 0023 /2017

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA
(Con impedimento aceptado)