

Cartagena de Indias D.T y C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-003-2018-00115-01
Demandante	BENJAMÍN OCHOA BRAVO
Demandado	COLPENSIONES
Vinculado	EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA EN LIQUIDACIÓN HOY CARGO DEL FONDO DE PENSIONES DEL DISTRITO DE CARTAGENA.
Tema	<i>Retroactivos pensionales provenientes de pensiones compartidas</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

La Sala de decisión No. 004 de Decisión de esta Corporación, decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante¹, contra la sentencia proferida el veintisiete (27) de marzo de 2020², por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se denegó las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda³.

3.1.1 Pretensiones⁴

1. Que se declare la nulidad de la Resolución No. SUB 41426 del 15 de febrero de 2018, proferida por Colpensiones, por el cual en su artículo sexto reconoce y ordena pagar el retroactivo pensional a favor de las Empresas Públicas Municipales en Liquidación.

2. Que se declare la nulidad de los actos administrativos DIR 6096 del 26 de marzo de 2018 y SUB 73667 del 17 de marzo de 2018, por el cual se confirma la Resolución No. SUB 41426.

3. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a favor del demandante el reconocimiento y pago de retroactivo de su mesada pensional.

¹ doc. 05 exp. Digital

² doc. 02 exp. Digital

³ Fols.1-8 doc. 01 exp. Digital

⁴ Fol. 1 doc.1 exp. Digital

4. Se condene al pago de intereses de mora, condena en costas y agencias en derecho.

3.1.2 Hechos⁵

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

Manifestó que mediante Resolución No. 1211 de 1993 le fue reconocida pensión de jubilación, dado que había laborado más de 20 años en las Empresas Públicas Municipales de Cartagena.

Posteriormente se le reconoció pensión de vejez mediante Resolución No. 2150 del año 2004, en la cual se indicó que tenía derecho a su pensión desde el 5 de mayo del año 2003, generándose así un retroactivo y a fin de quien asiste derecho quedó en suspenso dicho retroactivo hasta que se comprobara a quien le asiste derecho.

La Empresa de Servicios Públicos Municipales de Cartagena en liquidación, mediante Resolución No. 094 del 15 de abril de 2005, resuelve compartir con el Instituto de Seguros Sociales la pensión de jubilación.

A través de la Resolución No. 2622 del 8 de marzo de 2007 se resuelve modificar la Resolución 2150 del 19 de julio de 2004, en el sentido de compartir el retroactivo pensional en un 50% para la Empresa de Servicios Públicos Municipales de Cartagena en liquidación y el otro 50% para el asegurado.

Adujo, que solicitó ante Colpensiones una reliquidación de su mesada pensional, y mediante Resolución N° SUB 41425 de 2018, la entidad accionada le informó que tenía derecho a la reliquidación de la pensión de vejez por mal cálculo del porcentaje de semanas cotizadas.

Precisó que en el artículo 6 de la Resolución No. SUB 41425 de 2018 proferida por Colpensiones, se ordenó pagar ese retroactivo de mesada pensional a la Empresa de Servicios Públicos Municipales de Cartagena en Liquidación, alegando que es un retroactivo pensional y no de mesada pensional como es del caso.

Ante la negativa de Colpensiones, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra de la Resolución No. DIR 6096 del 26 de marzo del 2018 y la Resolución No. SUB 73667 del 17 de marzo del 2018, las cuales confirman en cada una de sus partes la Resolución No. SUB 41425 del 15 de febrero de 2018, quedando así agotada la vía gubernativa.

⁵ Fols.3-4 doc.01 exp. Digital

3.2 CONTESTACIÓN

3.2.1. Empresa de Servicios Públicos Distritales de Cartagena en Liquidación hoy Cargo del Fondo de Pensiones del Distrito de Cartagena⁶

Se opuso a la totalidad de las pretensiones y manifestó no constarle los hechos de la demanda.

Como razones de su defensa, adujo que al demandante no tiene derecho al pago del retroactivo solicitado, dado que éste pertenece al Distrito de Cartagena, como quiera que fue la entidad que cotizó el valor de importe por invalidez, vejez y muerte, en razón a que la prestación reconocida por la entonces Empresa de Servicios Públicos fue posterior al 17 de octubre de 1985, siendo esta una pensión que tiene vocación de ser compartida. Indicó que la ley establece que una vez reconocida la pensión de vejez por parte del ISS, hoy Colpensiones, la Empresa de Servicios Públicos Distritales en liquidación debería proceder a expedir acto administrativo ordenando compartir la pensión de jubilación, pagándole al demandante solo el mayor valor si los hubiere, tal como lo establece el Decreto 758 de 1990.

En ese mismo sentido, agregó que el retroactivo ocasionado con la compartibilidad pertenece al Distrito de Cartagena de conformidad con el Instructivo No. 16 del 26 de julio de 2006 proferido por la Procuraduría Delegada en lo Laboral, en el cual se indicó que el retroactivo en dinero pertenece al patrono; quien pagó sin estar obligado hacerlo. Asimismo, informó que el Concepto No. 248260 de agosto de 2008, proferido por el Ministerio de Protección Social, indicó que si se le entregaba el retroactivo al empleado se estaría en presencia de un enriquecimiento sin causa.

Como excepción propuso: (i) inexistencia de la obligación; (ii) carencia para pedir; (iii) prescripción; (iv) buena fe.

3.2.2. Colpensiones⁷

Respecto del retroactivo solicitado indicó que en el proceso de la referencia se presenta la figura de la compartibilidad pensional, entre la pensión de jubilación percibida por el demandante ante las Empresas Públicas Municipales de Cartagena y la pensión percibida por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones.

Manifestó que para la entrega del retroactivo pensional al accionante es necesaria la autorización del empleador, tal como lo estableció el artículo 18 del Decreto 758 de 1990 y la jurisprudencia concordante. Alegó que en el proceso de la referencia no es posible acceder a dicho reconocimiento,

⁶ Fols. 96-100 doc. 01 exp. Digital

⁷ Fols. 121-130 doc. 01 exp. Digital

dado que no se encuentra autorización para ello, y en caso de ser procedente, correspondería a las Empresas Públicas Municipales de Cartagena en liquidación, realizar el pago del monto, al haber sido beneficiaria directa de la resolución expedida.

Como excepción propuso: (i) buena fe; (ii) cobro de lo no debido; y (iii) prescripción.

3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁸

Por medio de providencia del 27 de marzo de 2020, la Juez Tercero Administrativo del Circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, denegando las pretensiones de la demanda así:

“PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda instaurada por el señor Benjamín Bravo Ochoa contra la Administradora Colombia de Pensiones –Colpensiones, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Abstenerse de condenar en costas y agencias en derecho conforme el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P., de acuerdo a lo expresado en los considerandos de la sentencia. (...).”

Como sustento de su decisión, indicó que el artículo 18 del Decreto 758 del año 1990, determina que el fenómeno de la compartibilidad podría afectar únicamente a las pensiones extralegales reconocidas con posterioridad al 17 de octubre de 1985, lo cual aplica para el presente caso, dado que la pensión de jubilación del actor fue reconocida el día 12 de julio de 1993, siendo compartida con el Instituto de Seguros Sociales a partir del 15 de abril de 2005, de conformidad con lo establecido en la Resolución No. 094 de 2005 expedida por la Empresa de Servicios Públicos Distritales de Cartagena en liquidación.

Adujo que, las Empresas Distritales de Cartagena en Liquidación, siempre cumplió con sus obligaciones de cancelar los aportes para la pensión legal del señor Benjamín Ochoa Bravo, por tanto los retroactivos que se generen por la reliquidación de la misma, deben ser reconocidos en favor de la empresa aportante, máxime cuando al extremo accionante siempre se le han efectuado los pagos indicados en su pensión compartida de vejez, por cuanto su antiguo empleador pagó oportunamente los valores que no cubría la pensión legal con antelación a su reliquidación.

Respecto a los retroactivos generados de la reliquidación de las pensiones legales, encontró probado del sub lite que efectuada la última reliquidación de la pensión legal del accionante, el valor de esta es superior al valor reconocido como pensión de jubilación o extralegal, razón por la cual la

⁸ Fols. 141-158 doc. 04 exp. Digital

Empresa de Servicios Públicos Distritales en Liquidación quedó totalmente subrogada de la obligación de continuar con el pago de la pensión compartida, toda vez el nuevo valor de la pensión legal a 2018 fue de \$6.763.016, asumido en su totalidad por la Administradora de Pensiones Colpensiones, conforme a la Resolución N° SUB 41425 del 15 de febrero de 2018.

3.3 RECURSO DE APELACIÓN⁹

Reiteró en su escrito que, está demostrado la ilegalidad del acto acusado pues este vulnera el derecho a la seguridad social el cual reviste la falsa motivación, en la actualidad el señor Benjamín Ochoa goza de una pensión que se incrementó en un monto considerable que si se hubiera presentado la reclamación antes estuviera gozando de ese incremento y no sería un pago sin justa causa como está manifestando el A-quo.

Agregó que, en la sentencia T- 042 del 2016 se hace referencia a la titularidad de los derechos del retroactivo, indicándose que cuando surgen retroactivos resultantes de la reliquidación de una pensión legal, se está reconociendo que la misma fue liquidada inicialmente en indebida forma y que en realidad, el solicitante tuvo siempre derecho a unas mesadas superiores a las que le fueron pagadas anteriormente. La administradora de pensiones le reconoce al afiliado estos dineros a título de retroactivos como pago de las sumas que debiendo haber ingresado al patrimonio del individuo, no lo hicieron por un error en la liquidación de su pensión legal. No obstante, el reconocimiento de estos retroactivos no siempre se da a favor del afiliado, como puede suceder en el caso de las pensiones compartidas.

La negativa al reconocimiento de retroactivos pensionales de las personas de la tercera edad, por tratarse de dineros que en principio debieron haber ingresado al patrimonio de los peticionarios puede entenderse como un indicio de vulneración del derecho al mínimo vital que les asiste. En estas circunstancias el juez constitucional estaría en el deber de revisar el caso de fondo sin que la declaratoria de procedencia de la acción por este motivo deba significar un prejujuicio en el sentido de entenderse que la negación al pago de los retroactivos supone, automáticamente, una vulneración al mínimo vital de los accionantes.

3.4 ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento, fue repartida a este Tribunal el 15 de junio de 2021¹⁰, por auto del 26 de enero de 2022 se admitió el recurso de alzada y se ordenó correr traslado a las partes para alegar¹¹.

⁹ doc. 05 exp. Digital

¹⁰ Doc. 09 exp. Digital

¹¹ Doc. 13 exp. Digital

3.5 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes en litigio no presentaron escrito de alegatos, y el Ministerio Público no rindió 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.

5.2 Problema jurídico

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

¿Son nulas las Resoluciones No. SUB 41425 de 2018 y SUB 73667 del 17 de marzo de 2018 proferida por Colpensiones, por cuanto ordenaron pagar el retroactivo pensional a la Empresa de Servicios Públicos Municipales de Cartagena en Liquidación y no al aquí demandante?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala procederá a confirmar la sentencia de primera instancia, por cuanto no le asiste derecho al pago del retroactivo pensional que surge de la reliquidación de una pensión compartida, por cuanto medió un acta de conciliación entre el actor y las Empresas Públicas de Cartagena, donde se acordaba el reconocimiento del 50% para cada uno, y el pago del mismo en nomina posterior.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. COMPARTIBILIDAD Y COMPATIBILIDAD PENSIONAL¹²

Con la expedición del Decreto 2879¹³ 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

¹² El fenómeno de la compartibilidad pensional en las pensiones otorgadas por los empleadores con posterioridad al 17 de octubre de 1985

¹³ Por el cual se aprueba el Acuerdo Número 029 del 26 de septiembre de 1985, emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios.

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 compatibilidad en las mismas condiciones establecidas en la norma anterior. El artículo 18 del Decreto 758 de 1990, dispone lo anterior.

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 compatibilidad 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 *compatibilidad* 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 compatibilidad 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 compatibilidad 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 compatibilidad, 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 2001 y 2015¹⁴.

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 empleador¹⁵.

En el caso de las pensiones compartidas, como fue el empleador quien pagó al trabajador las mesadas que debieron haber sido asumidas por la administradora de pensiones, que son precisamente los dineros reconocidos a título de retroactivos, es al primero y no al segundo a quien le deben ser reembolsados estos montos, así, lo dispone la Circular 1 de 2012 expedida por Colpensiones en su sección 1.4.3.

Al resolver un caso en el que un trabajador reclamaba estos retroactivos se pronunció la Corte Suprema de Justicia indicando que:

“En realidad, lo que aquí se presenta es un pago anticipado de la pensión de vejez a cargo del ISS por parte de la entidad jubilante, que para evitarle un perjuicio al trabajador continúa sufragando el valor total de la prestación cuando ya no está a su cargo íntegramente, por haber operado la subrogación por parte del seguro social”¹⁶.

En lo que respecta a los retroactivos pensionales, si el empleador continuó pagando la mesada pensional a su ex empleado, con el fin de no afectar su mínimo vital, no queda duda que el retroactivo que debe pagar el ISS-COLPENSIONES- debe ser girado a la empresa si i) las pensiones fueron reconocidas con posterioridad al 17 de octubre de 1985, ii) no se excluyó

¹⁴ Rad No. 14207.

¹⁵ Sentencia T-438 de 2010

¹⁶ Rad. 31294.

expresamente la compartibilidad pensional y iii) existe autorización expresa del trabajador, para que los dineros retroactivos correspondientes a la pensión legal sean girados directamente al empleador de parte de la administradora de pensiones.

De igual manera, puede surgir un retroactivo pensional de una reliquidación pensional que solicite el trabajador o el empleador ante la entidad de previsión social, bien sea porque no se tuvieron en cuenta algunos factores salariales o porque los empleados son beneficiarios de un régimen más favorable y por tanto son merecedores de una pensión mayor, tal como ocurre en el presente asunto.

En el caso de las reliquidaciones que generan retroactivos en razón a que la pensión legal fue reconocida inicialmente por un valor menor a aquel que debió haber sido reconocido en virtud de las normas legales vigentes tanto el empleador como la administradora venían asumiendo la porción de la mesada que legalmente les correspondía hasta antes de la reliquidación. En efecto, como lo ordena la ley, el empleador debe continuar pagando la porción de la de jubilación que no alcanza a ser cubierta por la legal.

Si luego de una reliquidación de la legal, la administradora acepta que esta prestación debió ser reconocida por un valor mayor, se tiene entonces que el antiguo empleador debió haber asumido una porción menor en la pensión compartida toda vez que su subrogación se da precisamente en la proporción que fue reconocida por el fondo, debiendo pagar la compañía únicamente los valores que no alcanzaren a ser cubiertos por la de vejez respecto de la de jubilación que fue concedida inicialmente. **Estos dineros habrían sido asumidos por la entidad jubilante sin estar obligada a ello por lo que la restitución de los mismos debe darse a favor de quien asumió su pago, es decir, el empleador, y no el trabajador quien tuvo siempre garantizado el valor de la pensión compartida en su totalidad.**

Si de la reliquidación resultase que la pensión legal es superior a la de jubilación, surge que a partir de ese momento el empleador quedará totalmente subrogado en su obligación de pago y, por otro lado, solo le serán reembolsados los valores efectivamente desembolsados sin justa causa, quedando para el trabajador la porción del retroactivo que hubiere superado los montos pagados por encima de la pensión compartida comprendida en su totalidad.

No sobra advertir que, dada la naturaleza de la figura de la compartibilidad, no es posible que el trabajador reciba de cuenta del empleador un valor mayor al reconocido en la de jubilación, toda vez que esté siempre será el límite de las obligaciones de este último. Así, el monto de la de jubilación es el referente por medio del cual se determina si la subrogación del empleador, frente a la entidad de previsión social (ISS-COLPENSIONES) fue

total o parcial, dependiendo de si la pensión legal fue reconocida por un valor superior o inferior a la extralegal.

De acuerdo con lo anterior, una vez reconocida la pensión legal por un valor inferior a la convencional, el empleador queda obligado al pago de la diferencia, sin que le sea permitido reclamar al trabajador los valores pagados por dicho concepto, cuando la prestación reconocida por el ISS-COLPENSIONES sea reliquidada, arrojando un mayor valor de pensión al que se venía pagando, pero sin que dicho monto permita la subrogación total.

Consecuentemente, no es admisible que la empresa que comparte el pago de la pensión de su extrabajador con la administradora, haga descuento alguno a la pensión del mismo, ya que los valores efectivamente pagados por la empresa deben ser siempre cobrados con cargo a la pensión de vejez cuyo pago es obligación de la administradora de pensiones.

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. 2150 del 2004, proferida por el Instituto de Seguros Sociales mediante la cual resuelve solicitud de pensión de vejez al accionante¹⁷.
- Resolución No. 094 del 15 de abril de 2005, proferida por la Empresa de Servicios Públicos Distritales de Cartagena en liquidación, mediante la cual se ordena compartir una pensión de jubilación con el instituto de Seguros Sociales¹⁸.
- Resolución No. 2622 del 08 de marzo de 2007, proferida por el Instituto de Seguros Sociales, mediante la cual se modifica la Resolución No. 2150 del 19 de julio de 2004, en el Sistema de Seguridad Social en Pensiones- Régimen Solidario de Prima media con prestación definida¹⁹.
- Resolución No. SUB 41425 de 15 de febrero de 2018, proferida por Colpensiones mediante el cual se resuelve un trámite de prestaciones económicas en el régimen de prima media con prestación definida Pensión de vejez- ordinaria²⁰.
- Resolución No. DIR 6096 de fecha 26 de marzo de 2018, proferida por Colpensiones mediante la cual se resuelve un trámite de prestaciones

¹⁷ Fols. 12-14 doc. 01demanda

¹⁸ Fols. 15-16 doc. 01demanda

¹⁹ Fols. 18-21 doc. 01demanda

²⁰ Fols. 24-33 doc. 01demanda



económicas en el régimen de prima media con prestación definida (vejez compartida- recurso apelación)²¹.

- Resolución No. SUB 73667 de fecha 17 de marzo de 2018, mediante el cual se resuelve un trámite de prestaciones económicas en el régimen de prima media con prestación definida (Vejez compartida- Recurso Reposición)²².
- Resolución No. 1211 del 02 de julio de 1993, mediante el cual se autoriza el disfrute de una pensión de jubilación al extremo accionante²³.
- Recurso de Reposición en subsidio de Apelación presentado en contra Acto administrativo SUB 41425, 15 de febrero de 2018, proferido por Colpensiones, incoado por el demandante²⁴.
- Expediente administrativo del señor Benjamín Ochoa Brava en medio magnético, el cual fue allegado por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones²⁵.

5.5.2. Análisis crítico de la prueba frente al marco normativo y jurisprudencial.

Esta Sala en virtud a su competencia, se pronunciará solo frente a los argumentos que sustentaron el recurso de alzada, en ese sentido, descendiendo en el caso en concreto, se tiene que las Empresas Públicas Distritales de Cartagena en Liquidación, por medio de la Resolución No. 1211²⁶ de fecha 12 de junio del año 1993, reconoció pensión de jubilación al señor Benjamín Ochoa Bravo.

Asimismo, mediante Resolución N° 2150²⁷ de fecha 19 de julio de 2004, el Seguro Social reconoció pensión de vejez al señor Ochoa, por haber cumplido con los presupuestos para acceder a la misma, dejando en suspendo el valor de un retroactivo hasta que se comprobara si correspondía a las Empresas Públicas Municipales de Cartagena o al pensionado Benjamín Ochoa Bravo.

Subsiguientemente, por Resolución No. 094 del 15 de abril de 2005²⁸ las Empresas Públicas Municipales de Cartagena en Liquidación resolvieron compartir con el Instituto de Seguros Sociales la pensión de jubilación del señor Benjamín Ochoa Bravo, la cual había sido reconocida mediante Resolución No. 2150 del 19 de julio de 1993, por las Empresas Públicas,

²¹ Fols. 35-41 doc. 01demanda

²² Fols. 43-51 doc. 01demanda

²³ Fols. 52 doc. 01demanda

²⁴ Fols. 54- 58 doc. 01demanda

²⁵ 14.CC-9052848 BENJAMIN OCHOA

²⁶ Doc. 52 doc. 01demanda

²⁷ Fols. 12-13 doc. 01demanda

²⁸ Fols. 15-16 doc. 01demanda

regulando la pensión de jubilación en los siguientes términos: (i) pensión de jubilación (E.P.D.) \$5.151.003; (ii) menos pensión de vejez (ISS) \$4.091.778, quedando como nuevo valor de pensión a cargo de E.P.D. la suma de \$1.059.225.

El día 15 de febrero del año 2018, en virtud a una solicitud de reliquidación presentada por el extremo actor ante Colpensiones, fue proferida Resolución No. SUB 414254 resolviendo reliquidar la pensión de vejez del actor, la cual es de carácter compartida. En dicha decisión también se reconoció el pago de un retroactivo pensional por valor de \$30.411.904, en favor de las Empresas Públicas Distritales de Cartagena en Liquidación.

Ahora bien, atendiendo las pretensiones de la demanda y el recurso de alzada, el fenómeno de la compartibilidad podría afectar únicamente a las pensiones extralegales reconocidas con posterioridad al 17 de octubre de 1985, lo cual aplica para el presente caso, dado que la pensión de jubilación del actor fue reconocida el día 12 de julio de 1993, siendo compartida con el Instituto de Seguros Sociales a partir del 15 de abril de 2005, de conformidad con lo establecido en la Resolución N° 094 de 2005 expedida por la Empresa de Servicios Públicos Distritales de Cartagena en liquidación.

Ahora bien, de los actos administrativos anteriores, se observa que, las Empresas Públicas Distritales de Cartagena en Liquidación, cancelaron el valor correspondiente a la pensión de jubilación del señor Benjamín Ochoa Bravo desde el 12 de julio de 1993 hasta el 19 de julio de 2004, fecha en la cual el ISS le reconoció pensión de vejez. Se resalta que, durante el periodo comprendido entre la fecha de reconocimiento de la pensión de jubilación y la del reconocimiento de la pensión de vejez, las Empresas Públicas de Cartagena continuó efectuando los aportes al sistema de pensiones por invalidez, vejez y muerte, por tratarse de una pensión compartida.

Por otro lado, llama la atención de esta Sala que mediante Resolución 2622 del 08 de marzo de 2007²⁹, se estableció que el retroactivo dejado en suspenso correspondía en un 50% a las Empresas Públicas de Cartagena y 50% al demandante, el cual sería cancelado a este último en el mes de mayo de 2007 a través de su entidad bancaria. Adicionalmente en dicho acto administrativo, se indica que las Empresas Públicas de Cartagena y el actor conciliaron ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cartagena el acuerdo del 50% correspondiente a cada uno. Así las cosas, no es de recibo para esta Sala las pretensiones del actor, relativas al pago del retroactivo.

²⁹ Fols. 18-21 doc. 01demanda

Finalmente, frente a la aplicación de lo que manifiesta fue señalado en la sentencia T-042/2016, esta providencia no señala que la titularidad de los retroactivos recaiga exclusivamente en el pensionado, poniendo de presente situaciones como las que aquí se presenta como es la conciliación efectuada, y la orden de pago por el 50% al aquí demandante, agregando la H. Corte Constitucional lo siguiente: *“Cuando surgen retroactivos resultantes de la reliquidación de una pensión legal, se está reconociendo que la misma fue liquidada inicialmente en indebida forma y que en realidad, el solicitante tuvo siempre derecho a unas mesadas superiores a las que le fueron pagadas anteriormente. La administradora de pensiones le reconoce al afiliado estos dineros a título de retroactivos como pago de las sumas que debiendo haber ingresado al patrimonio del individuo, no lo hicieron por un error en la liquidación de su pensión legal. No obstante, el reconocimiento de estos retroactivos no siempre se da a favor del afiliado, como puede suceder en el caso de las pensiones compartidas”*.

En ese orden de ideas, no hay motivo alguno para revocar la sentencia de primera instancia, por lo que será confirmada en su totalidad.

5.3. De la condena en costas.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, *“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.*

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”.

A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

De igual forma, se advierte que la jurisprudencia del H. Consejo de Estado³⁰, ha adoptado un criterio objetivo-valorativo de la imposición de condena en costas, precisando que no se debe atender a la conducta de las partes para determinar su procedencia, es decir, si las mismas actuaron con temeridad o mala fe, por el contrario, su imposición atiende a aspectos objetivos relacionados con la causación de las costas.

Con base en lo anterior, sería del caso proceder a la condena en costas de la parte vencida dentro del asunto, señor Benjamín Ochoa, no obstante, se encuentra demostrado que al momento de la interposición de la demanda el demandante se respaldó en fundamentos legales y jurisprudenciales, por

³⁰ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 21 de enero de 2021. Radicación: 25000-23-42-000-2013-04941-01 (3806-2016; y sentencia del 07 de abril de 2016. Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014). M.P. William Hernández Gómez.

lo que esta Corporación se abstendrá de imponer dicha condena, en virtud de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI. FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

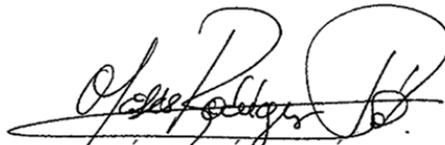
SEGUNDO: ABSTENERSE DE CONDENAR en costas a la parte demandante en esta instancia, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No.031 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ³¹

En comisión de servicios

³¹ En comisión de servicios otorgada por el Consejo de Estado.