

13001-33-33-007-2018-00149-01

Cartagena de Indias D. T. y C., cuatro (04) de diciembre de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-007-2018-00149-01
Accionante	AIDEE BERDUGO DE LEON notificaciones@gtgabogados.co
Accionado	UGPP notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co
Tema	RELIQUIDACIÓN PENSIONAL POSTMORTEM
Magistrado Ponente	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

TURNO AL DESPACHO: LÍNEA JURISPRUDENCIAL RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y parte demandada contra la sentencia de diecinueve (19) de marzo de dos mil diecinueve (2019)¹, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA².

1.1 Hechos relevantes planteados por el accionante.

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relata a continuación:

- El señor Reinaldo Antonio Orozco Cervantes Q.E.P.D, nació el 21 de marzo de 1939. El señor causante y la señora Aidee Berdugo de León contrajeron matrimonio hasta el día del fallecimiento del primero el día 22 de julio de 1983.

¹ Fls 93-102 cdr.1

² Fls 1-38 cdr 1



13001-33-33-007-2018-00149-01

- El causante y la accionante Aidee Berdugo de León procrearon tres hijos, actualmente todos mayores de 25 años de edad.
- El señor finado Reinaldo Antonio Orozco Cervantes, laboró al servicio del Ministerio de Obras Públicas y Transporte – Dirección Territorial Bolívar, entre el 26 de noviembre de 1962 y el 22 de julio de 1983 fecha de su deceso, habiendo laborado exactamente por veinte años, ocho meses y veintisiete días.
- A través de la Resolución N° 11618 de fecha 15 de noviembre de 1984 la extinta Caja Nacional de Previsión Social reconoció a la señora Aidee Berdugo de León y a sus menores hijos pensión de jubilación post-mortem a partir del 23 de julio de 1983. No obstante, la accionante solo fue incluida en nómina hasta el 1° de abril de 1985, es decir, dos años después del deceso de su finado esposo, el causante.
- Durante los últimos 12 años de servicio del finado, percibió además de: salario básico, prima semestral, prima de navidad, prima de alimentación, horas extras y festivos, por **concepto de prima de vacaciones y algunas sumas dinerarias**, que alega no fueron tenidas en cuenta por la Resolución demandada, de acuerdo con certificado de factores salariales devengados de fecha 12 de septiembre de 2017.
- Manifiesta la parte actora, que ni los factores salariales percibidos en el año 1982, ni los percibidos entre enero y julio de 1983, fueron indexados a abril de 1985, fecha en que efectivamente se cancela la prestación, por lo que los mismos perdieron valor adquisitivo por el paso del tiempo.
- El día 23 de noviembre de 2017 se radicó solicitud SOP- 201701044989 de reliquidación pensional de la señora Aidee Berdugo de León ante la Unidad Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP.
- A través de Resolución RDP 001476 de fecha 18 de enero de 2018, la UGPP niega el reconocimiento y pago de la reliquidación post-mortem solicitada por la parte demandante.
- La accionante presentó Recurso de Apelación el día 20 de febrero de 2018 contra la Resolución RDP 001476 de fecha 18 de enero de 2018, al cual le correspondió el radicado SOP-201801007066.
- A través de Resolución RDP 020375 del 1° de junio de 2018, la UGPP confirma la decisión tomada en la Resolución RDP 001476 de fecha 18 de enero de 2018 de negar la reliquidación de la pensión post-mortem.

13001-33-33-007-2018-00149-01

1.2 Las pretensiones de la demanda

La demanda se dirige concretamente a que se declare:

- (i) La nulidad del Acto Administrativo Resolución RDP 001476 de fecha 18 de enero de 2018, expedido por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, que niega la realización de una reliquidación de pensión post-mortem de la señora Aidee Berdugo de León.
- (ii) La nulidad del Acto Administrativo Resolución RDP 020375 de fecha 01 de junio de 2018 expedido por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, que en sede de Apelación confirma la decisión tomada por la Resolución RDP 001476 de fecha 18 de enero de 2018.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho solicita que:

- (i) Se condene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social a reliquidar la pensión de jubilación post-mortem causada por Reinaldo Antonio Orozco Cervantes y sustituida en el mismo acto a la señora Aidee Berdugo de León, a fin de que al recalcular el Ingreso Base de Liquidación en ella se incluyan todos aquellos factores salariales que no fueron tenidos en cuenta por la Resolución No, 11618 de fecha 15 de noviembre de 1984, expedida por la extinta CAJANAL.
- (ii) Se condene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social que para efectos de determinar el nuevo IBL se incluya no solo la totalidad de los factores salariales previos a su deceso (incluyendo la prima de vacaciones y otros emolumentos en dinero excluidos), sino indexar el promedio de salarios base de liquidación, teniendo en cuenta que el último año de servicio del causante comprende del 23 de julio de 1982 al 22 de julio de 1983, por lo que los salarios percibidos en el año 1982 deben ser indexados al año siguiente haciendo aplicación del IPC del 24,02% .
- (iii) Se condene a la accionada a reajustar de manera correcta la mesada pensional de la demandante aplicando el IPC correspondiente entre los años 1982 y 2018, pues la aplicación de

13001-33-33-007-2018-00149-01

tales reajustes se ha venido realizando por debajo de los índices anuales establecidos por el DANE.

- (iv) Se condene a la UGPP a cancelar a la señora Aidee Berdugo de León las diferencias dejadas de pagar en su pensión de jubilación post- mortem desde el día 23 de julio de 1983 hasta la fecha en que se resuelva favorablemente la demanda en este proceso y las que se causen adelante.
- (v) Condene a la accionada a cancelar los intereses de mora que ocasionó el pago tardío de las sumas de dinero que se reliquidarán.
- (vi) De no acceder a los intereses de mora solicitados como principales, de manera subsidiaria a todas las sumas reconocidas y pagas, se condene a la UGPP a aplicarle la indexación a la condena, a fin de que las sumas de dinero no vean disminuido su valor adquisitivo.
- (vii) Se condene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social a que le de cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 y 195 del CPACA, y que de la condena sea actualizada de acuerdo con el I.P.C. Nacional, además que se reconozcan intereses moratorios comerciales, desde la ejecutoria de la sentencia hasta su cancelación total.
- (viii) Se condene en costas, agencias en derecho y gastos del proceso a la entidad demandada.

1.2 Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante cita como normas violadas, el artículo 50 y ss. del CPACA, además la Ley 4 de 1966, Ley 12 de 1975, Decreto 1045 de 1978, así como los principios laborales de favorabilidad y condición mas beneficiosa.

Lo anterior, para fundamentar que no existe razón para que tanto la prima de vacaciones como demás sumas de dinero percibidas por el causante sean excluidas de la constitución del IBL.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA³

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, se opone a todas y cada una de las

³ Fls 46-60 cdr 1

13001-33-33-007-2018-00149-01

pretensiones formuladas en la demanda, por carecer de fundamentos legales y fácticos. Además, manifiesta en el escrito de contestación, que fueron incluidos los valores salariales que de acuerdo a la ley hacen parte del mismo y son base de liquidación para la pensión, además son los que según los certificados fueron cotizados.

La accionada propuso también las siguientes excepciones:

PRESCRIPCIÓN

INEXISTENCIA DE LA CAUSA PETENDI Y COBRO DE LO NO DEBIDO

BUENA FE

INEXISTENCIA DE LA INDEXACIÓN PARA EL CASO

EXCEPCIÓN GENÉRICA

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁴

En el proceso de la referencia, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena mediante Sentencia No. NRT-2019-31 del 19 de marzo de 2019, declaró la Nulidad parcial de los actos administrativos demandados, únicamente en cuanto a la inclusión de todos los factores de salario devengados en el último año de servicios por parte del cónyuge de la señora Aidee Berdugo de León, puesto que a pesar de haber devengado el factor correspondiente a prima de vacaciones, este no fue tenido en cuenta al momento de liquidar la pensión post-mortem, por lo tanto en la parte resolutive de la providencia se falló de la siguiente manera:

PRIMERO: *Declarar la nulidad parcial de las Resoluciones RDP 1476 del 18 de enero de 2018 y RDP 20375 del 1º de junio de 2018, actos proferidos por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, mediante las cuales se negó la reliquidación de la pensión post-mortem de la señora Aidee Berdugo de León identificada con Cc. No 23.069.814, únicamente en lo que respecta a la no inclusión de la prima de vacaciones como factor del salario para la liquidación de su mesada pensional.*

SEGUNDO: *A título de restablecimiento del derecho, y como consecuencia de la nulidad decretada; la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP, deberá reliquidar la pensión post-mortem de la demandante sobre el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, computándosele además de la asignación básica, también lo devengado por*

⁴ Folios 93-101 cdr.1



13001-33-33-007-2018-00149-01

concepto de prima semestral, prima de navidad, prima de alimentación, horas extras y festivos, y la denominada prima de vacaciones que le incluye a través de la presente sentencia.

Las sumas que resulten a favor de la demandante, por la diferencia entre lo pagado por la pensión reconocida y lo que le debe pagar, una vez se reliquide se ajustarán a su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

Donde el valor (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma que resulte a favor del demandante, esto es, la diferencia entre lo que se le ha pagado como pensión post mortem y lo que se le debe pagar al reliquidarla conforme a esta sentencia, desde el 23 de noviembre de 2014, por prescripción trienal (teniendo en cuenta que la petición de reliquidación fue presentada el 23 de noviembre de 2017), por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago. Es del caso aclarar que del valor total de la liquidación deberán descontarse los dineros que ya han sido cancelados a la accionante por concepto de pago de su mesada pensional, y solo se le deberá entregar la diferencia que resulte.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada pensional teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

TERCERO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Condenar en costas a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP. Se fijan como agencias en derecho el dos (2%) del valor de las pretensiones económicas reclamadas en el texto de la demanda. Serán liquidados por secretaria.

QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

4. EL RECURSO DE APELACIÓN.

13001-33-33-007-2018-00149-01

4.1.- Recurso de Apelación interpuesto por la parte accionante⁵

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, señalando que debe revocarse parcialmente la sentencia de primera instancia, en la cual prosperaron parcialmente las pretensiones de la demanda para que, en su lugar, se declare la prosperidad de la totalidad de las declaraciones y condenas en base a que las sumas canceladas a la señora Aidee Berdugo de León desde 1983 hasta la fecha han estado por debajo de las que legalmente se establecen.

4.2.- Recurso de Apelación interpuesto por la parte accionada⁶

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social solicita como primera medida al Despacho revocar la sentencia impuesta, en atención a que la mesada pensional liquidada y reliquidada se encuentra ajustada a derecho y a los factores certificados, dado que el reconocimiento realizado se encuentra ajustado conforme al régimen contemplado en la Ley 12 de 1975, que era le legislación aplicable a la fecha del fallecimiento del causante.

5.- TRÁMITE PROCESAL SEGUNDA INSTANCIA

Con auto de fecha cinco (05) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)⁷, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante y mediante auto de fecha dieciocho (18) de septiembre de dos mil veinte (2020) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.⁸

6.- ALEGACIONES

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social presentó alegatos finales, en los cuales solicita a la presente Magistratura revocar la sentencia impugnada, ya que el reconocimiento realizado a la accionante se encuentra ajustado a derecho y realizado conforme al régimen aplicable a la fecha de status o fallecimiento del causante.⁹

⁵ Fls 110-116 cdr 1

⁶ Fls 117-125 cdr 1

⁷ Folio 5 cdr 2

⁸ Folio 9 cdr 2

⁹ Folios 11-14 cdr 2

13001-33-33-007-2018-00149-01

La Parte Demandante no presentó alegatos de conclusión.

7.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no rindió concepto de fondo.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

En el caso concreto, la Sala precisa que limitará el análisis a lo decidido en la sentencia de primera instancia y a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 328 del Código General del Proceso, de conformidad con el cual *“el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.”*

2. ASUNTO DE FONDO

2.1. Problema jurídico.

La Sala encuentra que en el presente asunto se deben resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Determinar si la señora Aidee Berdugo de León tiene derecho a que se reliquide su pensión, con la inclusión al IBL de la prima de vacaciones y sumas dinerarias excluidas de la Resolución N° 11618 del 15 de

13001-33-33-007-2018-00149-01

noviembre de 1984 por medio de la cual se reconoce la pensión post-mortem del señor finado Reinaldo Antonio Orozco Cervantes?

¿Debe indexarse la primera mesada pensional de la asignación post-mortem de la cual es beneficiaria la accionante, teniendo en cuenta que el señor Reinaldo Antonio Orozco Cervantes falleció el 22 de julio de 1983, y solo fue reconocida la pensión hasta el día 15 de noviembre de 1985?

¿Debe ordenarse la reliquidación de la pensión post-mortem de la señora Aidee Berdugo de León, teniendo en cuenta los incrementos anuales de dicha pensión con base en el IPC, por ser estos mas favorables?

2.2. Tesis de la Sala

La Sala confirmará la Sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, al declarar la nulidad parcial de los actos administrativos demandados. La anterior, obedece a lo siguiente:

En lo respectivo a la inclusión de la prima de vacaciones en la liquidación pensional post-mortem del señor Reinaldo Antonio Orozco Cervantes, es posible determinar que fue un factor efectivamente **devengado** por el causante, razón por la cual, de acuerdo al régimen aplicable, le asiste derecho a su cónyuge supérstite de que sea incluido al momento de liquidar la asignación correspondiente.

En lo concerniente a la indexación de la primera mesada pensional, está Magistratura se acogerá al igual que el Aquo, a lo señalado por el H. Consejo de estado, al indicar que la indexación de la primera mesada solo se produce, cuando habiendo ocurrido el retiro del servicio en un año determinado, el pensionado alcanza a completar los demás requisitos para acceder al derecho cuando ha transcurrido uno o más años después del retiro, así que, en virtud de lo anterior se sustentará en la presente providencia que no se dieron los elementos para que esta pueda ser concebida.

Con respecto a la pretensión de aplicar los incrementos pensionales anuales con base en el Índice de los Precios del Consumidor, concuerda esta Sala con que, en el presente asunto, no se allegó prueba que acredite al proceso los valores recibidos año a año por la señora Aidee Berdugo de León por

13001-33-33-007-2018-00149-01

concepto de pensión postmortem a su favor, y en ese sentido no es posible determinar si efectivamente estos valores se encontraban ajustados a la norma.

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

En virtud de las normas citadas en la demanda y el régimen aplicable en la Resolución N° 11618 de fecha 15 de noviembre de 1984 mediante la cual, la extinta Caja Nacional de Previsión Social reconoció a la señora Aidee Berdugo de León y a sus menores hijos pensión de jubilación post-mortem, esta Magistratura tendrá en cuenta lo siguiente:

3.1. Ley 12 de 1975

***"Artículo 1.** El cónyuge supérstite, o la compañera permanente, de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella por la ley, o en convenciones colectivas." (Se destaca)*

3.2. Ley 4 de 1966

***"ARTÍCULO 4º.-** A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios" (Subrayas de la Sala)*

3.3. Ley 1045 de 1978

***"ARTÍCULO 45. De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones.** Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:*

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;*

(Ver Sentencia de la Corte Suprema de Justicia No. 91 de 1986)

13001-33-33-007-2018-00149-01

c) Los dominicales y feriados;

d) Las horas extras;

e) Los auxilios de alimentación y transporte;

f) La prima de navidad;

g) La bonificación por servicios prestados;

h) La prima de servicios;

i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;

j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;

k) La prima de vacaciones;

l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;

ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968." (Se destaca)

3.4. Indexación de la primera mesada pensional.

La jurisprudencia del H. Consejo de Estado¹⁰ ha entendido que la indexación de la primera mesada es el mecanismo que se utiliza para revalorizar las obligaciones pensionales, con el ánimo de traer a valor presente las sumas que, por el transcurso del tiempo, han perdido el poder adquisitivo, ello en aplicación de los principios de equidad y justicia.

Asimismo, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la indexación de la primera mesada se origina cuando se hubiera producido una depreciación considerable del ingreso base con que ha de liquidarse la prestación y la pérdida del poder adquisitivo de ella; así se sostuvo en la sentencia cuyo aparte se transcribe:

¹⁰ Sentencias de febrero 18 de 2010, Radicación número: 25000-23-25-000- 2003-07987-01(0836-08), CP Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, abril 12 de 2012, Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00800-01(0581-10), CP Gerardo Arenas Monsalve

13001-33-33-007-2018-00149-01

“ En Sentencia T-799 de 2007, la Sala Tercera de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional reiteró la posición que viene indicándose al señalar que para efectos de determinar la titularidad del derecho a la indexación de la primera mesada pensional, resultaba irrelevante que la pensión tuviera origen legal o convencional, pues el derecho implícito en esta garantía es atribuible a cualquier pensionado que hubiera sufrido los efectos negativos de la pérdida de valor adquisitivo de su pensión.”

Sin embargo, no puede esta Sala desconocer que a pesar de lo expresado anteriormente, el Consejo de Estado a su vez, ha sido enfático en señalar que:

*“La indexación de la primera mesada se produce, **cuando habiendo ocurrido el retiro del servicio en un año determinado, el pensionado alcanza a completar los demás requisitos** para acceder al derecho cuando ha transcurrido uno o más años después del retiro, de modo que con ese transcurso de tiempo, el salario con que se liquidaría la pensión habría sufrido detrimento”.¹¹ (Negrillas de la Sala).*

3.5. Descuento por aportes.

Para abordar lo referente a el descuento por aportes, esta Sala traerá a colación la Sentencia del dos (2) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda – Subsección F Magistrada: Dra. Patricia Salamanca Gallo, bajo el radicado 110013335024-2014-00475-02, que indica lo siguiente:

“En un primer momento, no existía una relación directa entre los factores sobre los cuales se debían realizar los aportes y aquellos que se tendrían en cuenta para el reconocimiento pensional, como quiera que las normas que regulaban la materia eran del siguiente tenor:

La Ley 4a de 1966 *“Por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social” en su artículo 2o señaló que “Los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión Social, cotizarán con destino a la misma (...) a) Con la tercera parte del primer sueldo y de todo aumento, como cuota de afiliación, y b) Con el cinco por ciento (5%) del salario correspondiente a cada mes.*

¹¹Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A” CP Luis Rafael Vergara Quintero, siete (7) de marzo de dos mil trece (2013). Radicación número: 76001-23-31-000-2008-01205-01(1995-11)

13001-33-33-007-2018-00149-01

Por su parte, el artículo **14 del Decreto 434 de 1971** "Por el cual se dictan normas sobre reorganización administrativa y financiera de las entidades de previsión social de carácter nacional", estableció que "los recursos necesarios para atender las prestaciones y servicios a cargo de la Caja Nacional de Previsión Social, serán obtenidos (...) Mediante las cuotas periódicas que deberán pagar sus afiliados y pensionados (...). Tales cuotas se pagaran sobre la remuneración total que por concepto de salario o de otras retribuciones de carácter ordinario reciba el afiliado, o la prestación pecuniaria que reciba el pensionado.

El **Decreto 386 de 1981** "Por el cual se aprueba el Acuerdo numero 08 del 3 de febrero de 1981, de la Junta Directiva de la Caja Nacional de Previsión Social", estableció que "Los afiliados forzosos cotizarán con destino a la misma, por concepto de cuota de afiliación, la tercera parte de la primera asignación mensual y de todo aumento que se registre en dicha asignación". Sobre la cuantía del aporte, la norma señaló en su artículo tercero que: "Los afiliados a que se refiere el artículo anterior cotizarán a la Caja, por Concepto de cuota periódica, una suma mensual equivalente al cinco por ciento (5%) del salario correspondiente a cada mes" (Negrilla fuera de texto).

Cabe resaltar que la norma en comento se remite a los factores enunciados en el Decreto Ley 1042 de 1978, época en que las pensiones se liquidaban con los factores contenidos en el artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978, que incluía no solo elementos salariales sino prestacionales, lo cual demuestra que para dicho período no existía una correspondencia directa entre los factores sobre las cuales se debían realizar los aportes y aquellos que se tendrían en cuenta para el reconocimiento pensional.

La Sala resalta que antes de la vigencia de la Ley 33 de 1985, la norma ordenaba una cuota sobre el 5% del salario, pues no existía una relación directa entre los factores de cotización y los de liquidación pensional, ya que esa correlación nace con la mencionada Ley, siendo obligatorio para los servidores públicos cotizar por todos los factores.

Así las cosas, se tiene que en el presente asunto no hay lugar a ordenar descuento alguno por aportes pensionales.

3.6. Carga de la prueba.

El Código General del Proceso en el Artículo 167, establece sobre la carga de la prueba que:

13001-33-33-007-2018-00149-01

“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.”

Sobre lo anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado¹² precisó el alcance de algunas normas del Código General del Proceso.

Explicó que, de conformidad con el artículo 167 de esa normativa, les corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, por lo que a falta de prueba la decisión es inevitablemente desfavorable.

Lo anterior significa que debe imponerse la carga de probar un hecho a la parte cuya petición (pretensión o excepción) lo tiene como presupuesto necesario de acuerdo con la norma jurídica aplicable.

6. CASO EN CONCRETO.

6.1. Hechos Probados

En el presente asunto, resultaron acreditados los siguientes elementos:

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 68001233300020130078501 (20092014), Mayo 24 de 2018.

13001-33-33-007-2018-00149-01

- Certificado de información laboral, donde se acredita que el finado Reinaldo Antonio Orozco Cervantes laboró desde el día 26 de noviembre del año 1962 hasta el día 22 de julio del año 1983, realizando sus aportes a la extinta CAJANAL.¹³
- Certificado de factores salariales del señor Reinaldo Antonio Orozco Cervantes, devengados en el último año laborado, es decir, del 23 de julio de 1982 al 22 de julio de 1983, expedido por el Ministerio de Transporte, donde se observan los días laborados, el total devengado por mes, y además el pago por los siguientes factores; auxilio de alimentación, horas extras, festivos y dominicales, prima de vacaciones, prima semestral, prima de navidad.¹⁴
- Que la entidad demandada a través de la Resolución N° 11618 de fecha 15 de noviembre de 1984 reconoció a la señora Aidee Berdugo de León y a sus menores hijos pensión de jubilación post-mortem a partir del 23 de julio de 1983, estableciendo como factores salariales para determinar el IBL la asignación básica, prima semestral, prima de navidad, prima de alimentación, horas extras y festivos.¹⁵
- El día 4 de enero del año 1985 fue ingresada en nomina la señora Aidee Berdugo de León, tal y como consta en la información del pensionado que reposa en la pagina electrónica del Fondo de Pensiones Publicas del Nivel Nacional.¹⁶
- Recibos de pago de fecha 25 de abril de 2017 y 25 de agosto del Banco Agrario en favor de la señora Aidee Berdugo León por concepto se sustitución postmortem.¹⁷
- Mediante la Resolución RDP 001476 del 18 de enero de 2018 la UGPP niega la reliquidación pensional solicitada por la demandante.¹⁸
- Recurso de apelación interpuesto por la señora Aidee Berdugo de León, el día 20 de febrero en contra de la Resolución RDP 001476 del 18 de enero de 2018.¹⁹

¹³ Folios 11-12 cdr 1.

¹⁴ Folio 13 cdr 1

¹⁵ Fls 14-16 cdr 1

¹⁶ Fl 22 cdr 1

¹⁷ Fls 23-24 cdr.1

¹⁸ Fls 25-28 cdr

¹⁹ Fls 29-31 cdr 1

13001-33-33-007-2018-00149-01

5.2 Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

De los hechos probados a lo largo del proceso se advierte que el señor Reinaldo Antonio Orozco Cervantes prestó sus servicios laborales en el sector público durante 20 años, 8 meses y 27 días, y que durante todo ese tiempo cotizó sus aportes en pensión en la Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL; y que en razón de su fallecimiento el día 22 de julio de 1983, se le reconoció y pagó la pensión post-mortem a su conyugue supérstite Aide Berdugo León por medio de la Resolución No. 11618 de fecha 15 de noviembre de julio de 1984 a partir del día 23 de julio de 1983, día siguiente al fallecimiento del señor Reinaldo Antonio Orozco Cervantes.

Se alega en la demanda, que el causante percibió además del salario básico, prima semestral, prima de navidad, prima de alimentación, horas extras y festivos, por **concepto de prima de vacaciones y algunas sumas dinerarias**, que no fueron tenidas en cuenta por la Resolución demandada.

Para abordar el primer problema jurídico del caso en referencia, coincide esta Magistratura con lo expresado por el A- quo, al indicar que, de acuerdo a las normas precitadas en el marco normativo, para el momento en el que el señor Reinaldo Antonio Orozco Cervantes laboró, su último año de servicios, la prima de vacaciones venía siendo reconocida a los empleados del sector público como un factor salarial legalmente reconocido, teniendo en cuenta que el lamentable deceso ocurrió el día **22 de julio de 1983**. Por tanto, es menester recalcar que lo reconocido deberá corresponder a lo dispuesto en la Ley 4ª de 1966 al disponer:

Ley 4 de 1966

“ARTÍCULO 4º.- A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual **obtenido** en el último año de servicios” (Se destaca)

Bajo este entendido, observa este Despacho que la Resolución demandada tuvo en cuenta lo siguientes factores: **salario básico, prima semestral, prima de navidad, prima de alimentación, horas extras y festivos** pero en los Certificados Salariales²⁰ aportados por la accionante es posible corroborar

²⁰ Folio 13 cdr 1

13001-33-33-007-2018-00149-01

que el causante **devengó** además de lo anterior, el **concepto de prima de vacaciones**; sin embargo, este no fue tenido en cuenta por la Resolución No. 11618 de fecha 15 de noviembre de julio de 1984, razón por la cual sí le asiste el derecho a la parte actora a que le sea incluida en su pensión por parte de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social.

De otra parte, es posible determinar que no hay lugar a realizar ningún tipo de descuento por aportes pensionales, ya que la norma aplicable al caso en concreto con respecto al régimen pensional, se remite a los factores enunciados en el Decreto Ley 1042 de 1978, época en que las pensiones se liquidaban con los factores contenidos en el artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978, que incluía no solo elementos salariales sino prestacionales, lo cual demuestra que para dicho período no existía una correspondencia directa entre los factores sobre las cuales se debían realizar los aportes y aquellos que se tendrían en cuenta para el reconocimiento pensional. De modo que no hay lugar a realizar descuento alguno por aportes pensionales, comoquiera que en las normas que rigen la pensión que nos ocupa, no existe una relación directa entre los factores de cotización de los de liquidación pensional.

En lo que tiene que ver con la indexación de la primera mesada pensional relacionada en el segundo problema jurídico, el H. Consejo de Estado dispuso que la misma solo se produce, cuando habiendo ocurrido el retiro del servicio en un año determinado, **el pensionado alcanza a completar los demás requisitos para acceder al derecho cuando ha transcurrido uno o más años después del retiro**, de modo que con ese transcurso de tiempo, el salario con que se liquidaría la pensión habría sufrido detrimento.

Al respecto, se debe decir, que la resolución mediante la cual se reconoce y ordena el pago de la pensión a la actora, fue expedida el día 15 de noviembre de 1984, y ésta fue incluida finalmente en nómina hasta el día 1º de abril de 1985; no obstante, en el acto demandado se ordenan los pagos desde el día siguiente del fallecimiento del señor Reinaldo Antonio Orozco Cervantes, día en que cumplió con la totalidad de los requisitos para acceder al beneficio; por lo tanto, no hay lugar a ordenar una indexación por no cumplirse los presupuestos.

En lo respectivo al tercer y último problema jurídico, se debe establecer si es necesaria una reliquidación pensional post mortem, teniendo en cuenta los incrementos anuales de dicha pensión con base al IPC, por ser estos mas

13001-33-33-007-2018-00149-01

favorables. No obstante, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, por lo que a falta de prueba la decisión es inevitablemente desfavorable, y comoquiera que dentro de los elementos probatorios allegados al proceso, no es posible determinar cuáles fueron los valores cancelados año a año por concepto de pensión, ni establecer mucho menos el grado de favorabilidad que beneficiaría a la demandante, no es posible acceder a este pedimento.

En el Recurso de Alzada, la parte accionante indica que el IPC se constituye como un hecho cierto, por tanto, no debe ser probado, esta Sala no discute lo anterior con respecto a el Índice de Precios del Consumidor; sin embargo, las mesadas percibidas por la accionante no se configuran como tal; por tal razón se hace necesario allegar al proceso constancia de qué valores percibió por concepto de pensión en los años que pretende sean aplicados dichos incrementos anuales, para que pudieran ser estudiados y determinar si le asiste derecho o no.

En conclusión, habrá lugar a confirmarse la sentencia en primera instancia, por las razones expuestas con anterioridad.

6. CONDENA EN COSTAS.

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 numeral 5 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, por tanto, esta Corporación condenará en costas en esta instancia, a ambas partes por igual, valor que se liquidará por el juez de primera instancia.

7. LA DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del diecinueve (19) de marzo de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Cartagena, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, por las razones indicadas en este proveído.

13001-33-33-007-2018-00149-01

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante y parte demandada por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 13001-33-33-007-2018-00149-01

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-007-2018-00149-01
Accionante	AIDEE BERDUGO DE LEON notificaciones@gtgabogados.co
Accionado	UGPP notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co
Tema	RELIQUIDACIÓN PENSIONAL POSTMORTEM
Magistrado Ponente	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL