

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

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-004-2015-00237-01
Accionante	UGPP notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co eflorez@ugpp.gov.co defensajudicial@ugpp.gov.co ugppactiva@gmail.com
Accionado	ANIBAL JOSE PADILLA LLERENA. Correo desconocido. Barrio los Alpes calle 31G #71D-39 de Cartagena
Tema	LESIVIDAD – PENSIÓN DE VEJEZ – LEY 33 DE 1985 – INCUSIÓN DE FACTORES SALARIALES.
Magistrado Ponente	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

Turno al despacho: 11 de octubre del 2019

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 contra la sentencia de fecha veinticinco (25) de junio de dos mil dieciocho (2018)¹, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

1. DEMANDA².

1.1. Hechos relevantes planteados por el accionante.

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

¹ Folios 26-269 cdr.2

² Folios 1-33 cdr.1



13001-33-33-004-2015-00237-01

- El Señor demandado prestó sus servicios al Instituto Colombiano de Reforma Agraria INCORA desde el día 12 de agosto de 1968 hasta el 30 de octubre de 1997, desempeñando el último cargo como Técnico Operativo Código 4080 Grado 11, en la Regional de Bolívar.
- Por haber cumplido más de 20 años y haber cumplido la edad, el INCORA con fundamento en la Ley 33 de 1985, reconoció pensión de jubilación al señor Aníbal José Padilla Llerena, mediante la Resolución No. 2871 del 07 de diciembre de 2000, en cuantía de \$382.857 la cual se hizo efectiva a partir del 21 de diciembre de 1998.
- Por medio de la Resolución no. 304 de 06 de marzo de 2020, el Instituto Colombiano de Reforma Agraria actualizó con base en el IPC la mesada pensional del demandado, modificó el artículo 1 de la Resolución No. 2871 del 7 de diciembre de 2000, quedando en cuantía de \$486.581.
- Posteriormente, mediante la Resolución No. 2100 de 26 de junio de 2012, el Fondo de Pasivos de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, reliquidó la pensión del demandado, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, incrementándose en la suma de \$754.568,75, apartándose de los parámetros adoptados por la entidad demandante, debido a que para efectuar la liquidación se debe aplicar el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y los factores del Decreto 1158 de 1994.
- Por medio del Auto No. ADP 000272 de 10 de enero de 2014, se solicitó al demandado revocar la mencionada resolución No. 2100 de 26 de junio de 2012, no obstante, no otorgó el consentimiento.
- Lo anterior debido a que la diferencia entre la pensión reconocida inicialmente aplicándose el IPC (\$486.581), y la que ilegalmente se reliquidó mediante la Resolución No. 2100 de 26 de junio de 2012 (\$754.568,75), es la suma de \$267.987, sumas que han sido canceladas en exceso y deben ser reintegrados a la entidad demandante.

1.2. Pretensiones de la demanda.

La demanda se dirige concretamente a que se declare la nulidad del Acto Administrativo contenido en la Resolución No. 2100 de 26 de junio de 2012,

13001-33-33-004-2015-00237-01

mediante la cual el Fondo de Pasivos de Ferrocarriles de Colombia reliquidó y modificó el artículo 1 de la Resolución No. 2871 del 07 de diciembre de 2000, mediante la cual se reconoció pensión de jubilación a favor del demandado, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se solicita: (i) que se reintegre debidamente indexada las sumas que se le han cancelado en exceso en la mesada pensional, valores que ascienden a la suma total de \$105.762.000; (ii) que se disponga que la UGPP no está obligada al pago de la prestación pensional en los términos liquidados en la Resolución No. 2100 de 26 de junio de 2012; (iii) que se cancelen los intereses comerciales y/o legales sobre las sumas que deba reintegrar la parte demandada; (iv) que se condene en costas y gastos del proceso a la parte demandada.

1.3 Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante señala como normas violadas las siguientes: artículos 48 y 83 de la Constitución Política; artículo 36, inciso 3 Ley 100 de 1993; Decreto 1158 de 1994; Decreto 691 de 1994; Ley 33 y 62 de 1985.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

El señor Aníbal José Padilla Llerena no presentó escrito de contestación de demanda.

3. ACTUACIÓN PROCESAL.

3.1. Sentencia de Primera Instancia.

Mediante sentencia de fecha veintinueve (29) de junio de dos mil dieciocho (2018), el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió negar las pretensiones de la demanda, considerando que al demandado se le liquidó la pensión de vejez en debida forma, es decir con el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a su retiro definitivo del servicio, excepto la bonificación por recreación, la cual no debió ser incluida ciertamente, toda vez que no tiene por objetivo remunerar directamente la prestación del servicio empleado, sino contribuir al adecuado desarrollo en uno de los aspectos de la vida, como lo es la recreación.

3.2. Recurso de Apelación.³

La parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando revocar la sentencia proferida por el A quo, considerando que el despacho no acogió la tesis de la Corte Constitucional, debido a que los precedentes antes señalados, claramente constituyen la forma en la que debe ser calculado el IBL de las pensiones reconocidas en virtud de la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en ninguno de sus apartes se señala que el IBL se deba liquidar con todos los salarios devengados dentro del último año de prestación de servicios, tal como se le liquidó al demandado mediante el acto administrativo acusado.

3.3. Trámite procesal segunda instancia.

Con auto de fecha doce (12) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)⁴, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada. Mediante auto del veintinueve (29) de marzo de dos mil diecinueve (2019)⁵, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.4. Alegaciones.

La entidad demandante⁶ presentó alegatos de conclusión.

La parte demandada no presentó alegatos finales.

3.5. 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 de segunda instancia, 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.

³ Folios 171-173 cdr.1

⁴ Folio 4 cdr.2

⁵ Folio 8 cdr.2

⁶ Folios 12-15 cdr.2

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.

2. ASUNTO DE FONDO

2.1 PROBLEMA JURÍDICO.

La Sala encuentra que el problema jurídico se concreta en el siguiente cuestionamiento:

¿Se debe declarar la nulidad de la Resolución No. 2100 de 26 de junio de 2012, mediante la cual el Fondo de Pasivos de Ferrocarriles de Colombia reliquidó la pensión de jubilación del señor Aníbal José Padilla Llerena, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios?

2.2. TESIS DE LA SALA.

La Sala sustentará que en materia pensional, el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, comprende exclusivamente la edad, el tiempo de servicio y el monto o tasa de reemplazo, pero no el Ingreso Base de Liquidación -IBL-, el cual debe ser calculado teniendo en cuenta lo contemplado en el inciso tercero de esta norma y en lo señalado en su artículo 21, de conformidad con la interpretación constitucional realizada en las sentencias C-258 de 2013 y SU230 de 2015, por la Corte Constitucional, y en la sentencia SU-00143 de 2018 proferida por el Consejo de Estado, por medio de la cual se ajustó a la posición adoptada por la Corte en el tema bajo estudio.

Por lo tanto, la parte demandante tiene razón en la solicitud de la declaratoria de nulidad de la Resolución mediante la cual fue reliquidada la pensión de jubilación del demandado, debido a que no se encuentran ajustadas a las normas aplicables al caso, ellas son la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 de 1985 y el Decreto 1158 de 1994, de conformidad

13001-33-33-004-2015-00237-01

con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en donde se establece el régimen de transición.

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

3.1. La seguridad social como derecho fundamental.

El derecho a la seguridad social, ha sido entendido⁷ desde dos perspectivas constitucionales, de una parte, como un servicio público que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, el cual debe responder a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; y por otro lado, como un derecho fundamental irrenunciable en cabeza de todos los ciudadanos.

Igualmente, se ha señalado que de este derecho se desprende el derecho a la pensión de jubilación, que consiste en recibir el goce efectivo de una mesada calculada de acuerdo con los factores dispuestos por la Ley para la situación de cada persona. Se trata de un derecho fundamental que tiene como objeto brindar las condiciones económicas para la vida digna de quienes han trabajado por mucho tiempo y que llegan a una edad avanzada⁸.

Bajo esta perspectiva, la garantía y goce de la pensión, como derecho fundamental integral de la seguridad social, debe ser estudiado y aplicado desde una perspectiva constitucional, bajo los principios de universalidad y solidaridad, a la luz de la interpretación constitucional.

3.2. Posiciones de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en materia de liquidación pensional en el régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contempló un régimen de transición pensional a efectos de garantizar derechos consolidados con base en normas anteriores, el cual resulta procedente siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos, esto es, que al momento de entrar en vigencia el sistema, (i) las mujeres tengan la edad de treinta y cinco (35) años o más al 01 de abril de 1994; (ii) los hombres tengan la edad de cuarenta (40) años o más al 01 de abril de 1994; (iii) o que las mujeres y hombres, independientemente

⁷ Sentencia T-039 de 30 de enero de 2017. Expediente T-5.788.327. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁸ Sentencia T-013 de 14 de enero de 2011. Expediente T-2735520. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

13001-33-33-004-2015-00237-01

de la edad, acrediten quince (15) años o más de servicios cotizados al 01 de abril de 1994, para lo cual el régimen aplicable será el anterior al que se encuentren afiliados, y en consecuencia, las demás condiciones y requisitos se regirán por lo establecido en la Ley 100 de 1993.

Respecto de este beneficio, la Corte Constitucional ha venido abordando su estudio para determinar el alcance del mismo, de acuerdo con las disposiciones constitucionales superiores, es así como en la sentencia C-168 de 1995, determinó que sin importar cuál era la vinculación anterior, las personas serían beneficiarias del régimen de transición cuando cumplieran los requisitos de edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas, pero las demás condiciones para acceder al derecho pensional, serían fijadas en la Ley 100 de 1993.

En el mismo sentido, en la sentencia C-258 de 2013, la Corte estudió la constitucionalidad de la expresión “durante el último año” contenida en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, y efectuó una interpretación de la aplicabilidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, determinando que el Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, y advirtió además, que no consideraba que existiera una razón para extender un tratamiento diferenciado en materia de IBL a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, toda vez que se desconoce el principio de igualdad.

Por su parte, en la sentencia T-078 de 2014, la Corte Constitucional reafirmó el precedente de la sentencia C-258 de 2013, al establecer que el monto de la pensión se fijaba con base en lo dispuesto en el régimen especial, mientras que el ingreso base de liquidación se aplicaba de forma independiente al monto y con sujeción a lo previsto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En Auto 326 de 2014, la Sala Plena de la Corte Constitucional, ratificó el alcance de la sentencia C-258 de 2013, al manifestar que la *ratio decidendi* de esta providencia interpretó las normas que regulan la aplicación del régimen de transición y estableció que el modo de promediar la base de liquidación no podía ser la estipulada en la legislación anterior, ya que la transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación.

13001-33-33-004-2015-00237-01

Con posterioridad, en la sentencia SU-230 de 2015, la Corte Constitucional estudió una acción de tutela que pretendía proteger los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, seguridad social y al mínimo vital, frente a una liquidación pensional realizada con base en el promedio de los salarios devengados durante los últimos diez (10) años (artículo 36 de la Ley 100 de 1993), y no teniendo en cuenta el promedio de los salarios devengados en el último año (artículo 1° de la Ley 33 de 1985), donde concluyó que a partir de la sentencia C-258 de 2013, la Corte realizó consideraciones generales y fijó una interpretación en abstracto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de establecer que el IBL no es un aspecto de la transición y, por lo tanto, son las reglas contenidas en el régimen general que debe observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que pertenece.

En igual sentido, en la sentencia SU-247 de 2016, se dispuso que el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, realizada por la sentencia C-258 de 2013, al igual que en la sentencia SU-210 de 2017, se mantuvo la consideración sobre la aplicación del IBL de conformidad con lo prescrito en la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, en lo que respecta a la posición del Consejo de Estado en el asunto objeto de estudio, esta Corporación en principio manifestó que los beneficiarios del régimen de transición pensional debían ser liquidados en su integralidad con el régimen que los cubre, señalando para el efecto que el ingreso base de liquidación hace parte del mismo, y por tanto debe estar conformado con todos los emolumentos percibidos en el último año de servicio del empleado.

Esta posición fue reafirmada y unificada mediante sentencia de 25 de febrero de 2016⁹, en la cual se mantuvo la posición adoptada en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, sobre la aplicabilidad de todos los factores salariales en la liquidación de la pensión en el régimen de transición.

Sin embargo, el Máximo Órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, mediante sentencia de unificación 00143 del 28 de agosto

⁹ Expediente No. 2013-01541 (4683-2013)

13001-33-33-004-2015-00237-01

de 2018¹⁰, se apartó de la línea jurisprudencial que hasta la fecha venía aplicando y se acogió a la posición adoptada por la Corte Constitucional, y en ese sentido, manifestó que si bien el IBL hace parte del régimen de transición, éste se aplicará de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 o según lo contemplado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y no en los términos consagrados en la normatividad anterior, fijando de ese modo, una nueva regla jurisprudencial frente al asunto en cuestión.

En ese orden de ideas, se tiene que para los beneficiarios del régimen de transición pensional en lo que respecta al IBL, su liquidación se debe efectuar según lo señalado en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y conforme al artículo 21 de esta norma.

Así mismo, sobre los factores salariales efectivamente cotizados se registrará de acuerdo a lo contemplado en el Decreto Reglamentario 1158 de 1994, y teniendo en cuenta los diez (10) últimos años de servicio si el tiempo faltante para adquirir el derecho fuere inferior a este lapso, o en todo el tiempo cotizado si el tiempo faltante fuere superior.

3.3. Del principio de la buena fe y su incidencia en la devolución de las prestaciones periódicas.

Tanto la jurisprudencia del Consejo de estado, así como de la Corte Constitucional, decantando el artículo 83 de la Constitución Política, han considerado que el principio de buena fe es aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas, ajustar su comportamiento a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podría esperarse de una persona correcta (*vir bonus*)¹¹.

En ese contexto, la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con transcendencia jurídica y se refiere a la “*confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada*”¹².

De otro lado, el principio de buena fe señalado en el literal C del numeral 1 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, incorpora una presunción legal, que

¹⁰ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de fecha 28 de agosto de 2018. Radicado No. 52001233300020120014301. C.P. César Palomino Cortés.

¹¹ T – 457 DE 1992.

¹² Ibidem.

13001-33-33-004-2015-00237-01

admite prueba en contrario y por ello, le corresponde a quien lo echa de menos, probar que el peticionario actuó de mala fe. Por ello, en tratándose de un error de la administración al concederse el derecho a quien no reunía los requisitos legales, no puede la entidad alegar a su favor su propia culpa para tratar de recuperar un dinero que fue recibido por una persona de buena fe.

Al respecto, el Consejo de Estado ha precisado:

"Cuando se trata de un error de la administración al concederse el derecho pensional a quien no reunía los requisitos, no puede la entidad alegar a su favor su propia culpa para tratar de recuperar un dinero que fue recibido por una persona de buena fe. Pero si el acto de reconocimiento pensional no fue originado por un error de la administración sino en cumplimiento de una orden judicial, que encierra numerosas dudas, la discusión debe dirigirse a desvirtuar la presunción legal que ampara la actuación del beneficiado con dicho reconocimiento." (subrayado nuestro)

Bajo las anteriores precisiones normativas y jurisprudenciales, se procede a examinar las pruebas obrantes en el plenario, a fin de verificar si el demandado tiene derecho al reconocimiento de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

4. CASO CONCRETO.

4.1. Hechos probados.

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

Certificación expedida por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional – FOPEP, por medio del cual constata lo devengado por el señor Aníbal Padilla Llerena desde el año 2008 hasta el año 2015. (Fl. 93-94)

Petición presentada por el señor Aníbal Padilla Llerena de fecha 17 de noviembre de 1998, mediante la cual solicita al INCORA que se le reconozca y pague pensión de jubilación. (Fl. 97)

Certificado de registro de nacimiento del señor Aníbal Padilla Llerena, expedido por la Notaría Única de Calamar. (Fl. 98)

Petición de fecha 16 de Marzo de 1999, por medio de la cual el señor Aníbal Padilla solicita al INCORA el pago de su pensión de jubilación. (Fl. 101)

13001-33-33-004-2015-00237-01

Oficio No. 10374 expedido por el Secretario General del Ministerio de Hacienda, mediante el cual afirma que continúa con la afiliación masiva de los funcionarios vinculados antes del 1 de abril de 1994 al Sistema General de Pensiones con retroactividad a 1 de julio de 1999, mes en el cual se inició el descuento del 25%, es decir, el 3.375% del devengado. (Fl. 103-104)

Circular No. 845 del 27 de agosto de 1999, en la cual se emite respuesta a la petición impetrada por el señor Aníbal Padilla, afirmando que el trámite del reconocimiento de las pensiones por parte del INCORA se encontraban suspendidos pendientes de Decreto que expidiera el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sustituyendo al FOPEP (Fl. 105)

Certificado expedido por la Oficina de Gestión Humana del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "INCORA", mediante el cual hace constar que el señor Aníbal José Padilla Llerena prestó sus servicios desde el 12 de agosto de 1968 hasta el 31 de octubre de 1997, y al momento de su retiro desempeñaba el cargo de Técnico Operativo 11 en la Regional Bolívar (Fl. 106)

Formulario único de afiliación e inscripción a la E.P.S. SaludCoop en régimen contributivo de trabajadores independientes y pensionados (Fl. 113)

Sentencia de tutela de fecha 07 de julio de 2000, proferida por el Juzgado Treinta y Dos Civil del Circuito de Bogotá, mediante la cual se tutelan los derechos constitucionales fundamentales a la salud, seguridad social y petición al señor Aníbal José Padilla Llerena, y entre otras cosas le ordena al INCORA que en el término de sesenta (60) días siguientes a la respectiva notificación, de contestación de fondo a la petición de reconocimiento de pensión de jubilación presentada por el hoy demandado. (Fls. 124-133)

Resolución No. 02871 del 07 de diciembre de 2000 expedida por el Secretario General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria – INCORA, mediante la cual se reconoce pensión de jubilación al señor Aníbal José Padilla Llerena a partir del 21 de diciembre de 1998. (Fls.140-142)

Certificación expedida por el Tesorero General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria – INCORA, en el cual constata lo devengado mensualmente por el demandado desde el primero (01) de abril de 1994 hasta el treinta y uno (31) de octubre de 1997. (Fls. 143-145)

Petición presentada por la señora Melva Virginia Vergara Niño, en calidad de apoderada del hoy demandado, mediante la cual solicita al INCORA que se reliquide la pensión de jubilación de su representado, en el sentido

13001-33-33-004-2015-00237-01

de tomar el ochenta y cinco por ciento (85%) como porcentaje legal sobre el IBL conforme al artículo 18 de la Ley 797 de 2003 (Fls. 166-167)

Respuesta a petición presentada por la apoderada del demandado. (Fls.107-108)

Solicitud de reliquidación pensión de jubilación presentada por Paula Andrea López Alvarán, apoderada especial del señor Aníbal José Padilla Llerena ante el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia (Fls. 172-175)

Respuesta a solicitud de reliquidación pensional presentada por la apoderada Paula López. (Fl. 177).

Resolución No. 2100 de 26 de junio de 2012, expedida por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia por medio de la cual se reliquida la pensión de jubilación del señor Aníbal José Padilla Llerena (Fls.184-188)

4.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

En el presente asunto el demandante pretende la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 2100 de 26 de junio de 2012, expedida por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia mediante el cual se reliquidó la pensión de jubilación del señor Aníbal José Padilla Llerena.

El juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda por considerar que la parte demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad de que esta revestido el acto administrativo acusado, toda vez que se aplicó la normatividad correspondiente al señor Aníbal José Padilla Llerena, con inclusión de todos los factores devengados, a los que había lugar, excepto la bonificación por recreación, la cual no debió incluirse ciertamente, puesto que ésta no tiene como objeto remunerar directamente la prestación del servicio del empleado, sino contribuir al adecuado desarrollo de uno de los aspectos de su vida como lo es la recreación.

La parte accionante apela la decisión adoptada en primera instancia, pues considera que el A quo no acogió de manera alguna la tesis de la Corte Constitucional¹³, pues los precedentes señalados establecen la forma en

¹³ Sentencias C-258/13, SU 230/15, SU-395/17, en las cuales se ha definido la forma de liquidar las pensiones reconocidas en aplicación al régimen de transición.

13001-33-33-004-2015-00237-01

que se debe calcular el IBL de las pensiones reconocidas en virtud de la transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, y en ninguno de sus apartes señala que el IBL deba ser liquidado con todos los salarios devengados dentro del último año de prestación de servicios, tal como le fue liquidado al demandado mediante el acto administrativo acusado.

Aterrizando al caso en concreto, y una vez analizado el material probatorio allegado al plenario, la Sala observa que, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria – INCORA reconoció la pensión de jubilación del demandado bajo el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y su situación está gobernada por la Ley 33 de 1985 en cuanto a la edad, tiempo y monto requeridos para acceder a la pensión, teniendo en cuenta que es la normatividad que resulta más favorable para el demandado.

Sin embargo, en lo concerniente al ingreso base liquidación, se debe acudir a lo consagrado en el artículo 21 y el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y con base en los factores cotizados a lo contemplado en el Decreto 1158 de 1994, normativa de carácter general que no consagra en su totalidad factores salariales cuya inclusión le fue reconocida al demandado en el acto administrativo acusado.

Así las cosas, no se discute en este proceso que la situación pensional del demandado quedó sometida al régimen establecido por la Ley 33 de 1985, por ser beneficiario del régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que cumplió con los requisitos de edad y tiempo de servicio.

No obstante lo anterior, y atendiendo la interpretación fijada por la Honorable Corte Constitucional en la sentencia SU-230 de 2015, y de conformidad con lo establecido por el Consejo de Estado en la sentencia SU 00143 de 2018, teniendo en cuenta lo referido en el marco normativo de la presente providencia, posición que comparte esta Sala por tratarse de un precedente constitucional de obligatorio cumplimiento, al encontrarse sujeta la situación pensional de la parte demandada, al régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tiene derecho a que su pensión se otorgue con base en el monto (porcentaje), edad y tiempo de servicio consagrados en el régimen anterior.

13001-33-33-004-2015-00237-01

Sin embargo, en lo que respecta al IBL debe hacerse con base en lo señalado en el régimen general, debido a que este componente no hace parte del régimen de transición, como se señaló con precedencia.

En este orden, para el cálculo del IBL de la pensión de vejez de las personas beneficiarias del régimen de transición, habrá de estimarse que si les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ellos, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precio al Consumidor, según certificación que expida del DANE.

De este modo, se observa que el INCORA mediante la Resolución No. 02871 de 2000, estableció que la liquidación para establecer la cuantía de la pensión de jubilación del demandado lo hizo en la forma prevista en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, es decir, con el Ingreso Base de Cotización del promedio de lo devengado mensualmente, el cual corresponde al tiempo comprendido entre el primero (01) de abril de 1994 y el treinta y uno (31) de octubre de 1997, actualizado anualmente con la variación del IPC, aplicando el porcentaje legal del setenta y cinco por ciento (75%).

Posteriormente, por medio de la Resolución 2100 de 26 de junio de 2012, el Fondo de Pasivos de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, reliquidó la pensión del demandado, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, modificando así el numeral primero (01) de la Resolución 02871 del 07 de diciembre de 2000.

Así las cosas, se entiende que ésta prestación fue reliquidada de manera incorrecta, de acuerdo con los lineamientos jurisprudenciales dictados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, cuyas tesis no fueron acogidas.

Por este motivo, el recuento normativo fáctico hasta aquí expuesto se constituye en razón suficiente para concluir que la reliquidación pensional efectuada al demandado por parte del Fondo de Pasivos de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, en la cual se le aplicó como IBL el 75% de todo lo devengado durante el último año de servicio, no se encuentra conforme a las prerrogativas contempladas en el marco normativo y jurisprudencial.

13001-33-33-004-2015-00237-01

En conclusión, es claro para la Sala que la norma que gobierna su situación pensional en materia de IBL, es el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que se establece que el quantum pensional fue incorrectamente reliquidado, razón por la cual, deberá declararse la nulidad del acto acusado.

- Del Decreto 2842 de 2013.

El 06 de diciembre de 2013 se expidió el Decreto 2842 de 2013, por medio del cual se establecieron las reglas para la asunción de la función pensional de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero por parte de la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

En el acápite de considerandos del Decreto ibídem, se señaló que mediante el artículo 1 del Decreto 2721 de 2008 que adicionó el artículo 9 al Decreto 255 de 2000, se determinó que mientras se implementara la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), le correspondería al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia reconocer las pensiones y las cuotas partes pensionales que se encontraban a cargo de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en Liquidación, entre otras actividades.

Posteriormente, la Ley 1151 de 2007 por medio de su artículo 156 creó la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), estableciendo que ésta tendría a su cargo "(...) i) El reconocimiento de derechos pensionales, tales como pensiones y bonos pensionales, salvo los bonos que sean responsabilidad de la Nación, así como auxilios funerarios, causados a cargo de administradoras del Régimen de Prima Media del orden nacional, y de las entidades públicas del orden nacional que hayan tenido a su cargo el reconocimiento de pensiones, respecto de las cuales se haya decretado o se decrete su liquidación. (...)"

Así las cosas, a partir del 15 de diciembre de 2013, las competencias que habían sido asignadas al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, pasaron a ser asumidas por la Unidad Administrativa Especial

13001-33-33-004-2015-00237-01

de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), de conformidad con lo establecido en el Decreto 2842 de 2013¹⁴.

- De la presunción de buena fe.

En lo concerniente a la pretensión de ordenar el reintegro debidamente indexada de las sumas que se le han cancelado con ocasión a la reliquidación personal al demandado el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ha establecido en el literal c) del numeral 1 del artículo 164 "(...) *no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe*".

El Consejo de Estado¹⁵ ha precisado que, en el derecho contencioso administrativo, el Estado tiene la prerrogativa de solicitar la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se reconocen prestaciones periódicas; sin embargo, se impone un límite que consiste en que no pueden ser recuperadas las prestaciones pagadas a los particulares de buena fe.

Por tanto, es competencia de la administración demostrar que el beneficiario de dicha prestación actuó de mala fe al momento de solicitar el reconocimiento o la reliquidación pensional que está siendo acusada.

Así las cosas, no basta la declaratoria de ilegalidad del acto acusado para que sea procedente el reintegro de los dineros cancelados ilegalmente, pues resulta necesario que se encuentre demostrado en el plenario que el demandado actuó con temeridad o mala fe, lo cual no fue probado durante el curso del proceso, por lo tanto, no se accederá a dicha pretensión.

Por todo lo anterior, la Sala revocará la sentencia de primera instancia, y en consecuencia declarará la nulidad de la Resolución 2100 de 26 de junio de 2012, expedida por el Fondo de Pasivos de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, por medio de la cual se reliquidó la pensión de jubilación del

¹⁴ "**Artículo 1º.** Asignación de competencias. A partir del 15 de diciembre de 2013, las competencias asignadas al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, mediante el artículo 1º del Decreto 2721 de 2008 que adicionó el artículo 9º al Decreto 255 de 2000, serán asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)."

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B, MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Bogotá D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicado: 54001233300020130004701. No. Interno: 0258 – 2017

13001-33-33-004-2015-00237-01

demandante con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio.

5. CONDENA EN COSTAS.

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, esta Corporación condenará en costas a la parte demandada dentro de la presente instancia, las cuales se liquidarán por el Juez de primera instancia.

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: REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida el veintinueve (29) de junio de dos mil dieciocho (2018) por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 2100 de 26 de junio de 2012 expedida por el Fondo de Pasivos de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, por medio de la cual se reliquidó la pensión de jubilación del señor Aníbal José Padilla Llerena, con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

TERCERO: Negar las demás pretensiones de la demanda de conformidad con la parte motiva de este proveído.

CUARTO: SIN condena en costas.

QUINTO: 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

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-004-2015-00237-01
Accionante	UGPP notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co eflorez@ugpp.gov.co defensajudicial@ugpp.gov.co ugppactiva@gmail.com
Accionado	ANIBAL JOSE PADILLA LLERENA. Correo desconocido. Barrio los Alpes calle 31G #71D-39 de Cartagena
Tema	LESIVIDAD – PENSIÓN DE VEJEZ – LEY 33 DE 1985 – INCUSIÓN DE FACTORES SALARIALES.