



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Popayán, once (11) de abril de dos mil diecinueve (2019)

SENTENCIA TA-DES 002-ORD.034- 2019

Magistrado Ponente: NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ

Expediente: 19001-33-31-005-2016-00276-01
Demandante: REINEL FERNANDEZ
Demandado: UGPP
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA.

Decide el Tribunal el recurso de apelación formulado por la parte demandante en contra la Sentencia No. 241 de 28 de noviembre de 2017, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán, en la que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda¹.

El señor REINEL FERNANDEZ, por intermedio de apoderado debidamente constituido promovió demanda de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES, con el fin de que se efectúen las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERO: La Nulidad parcial de la Resolución Numero 04360 del 18 de enero de 2006 expedida por la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL CAJANAL hoy UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL U.G.P.P., "Que reconoce una pensión" en tanto no se reconoce el régimen legal aplicable para liquidar el derecho pensional.

¹ Folios 01 a 22 cuaderno principal.

SEGUNDO: La Nulidad Total de Resolución Numero RDP 014644 de fecha 06 de Abril de 2016, Notificada por correo electrónico el 25 de mayo de 2016. En la que señaló. Confirmar en todos y cada una de sus partes la Resolución No. 53642 del 16 de diciembre de 2015, "por la cual niega una reliquidación pensional".

CUARTO: Nulidad de los actos administrativos que le nieguen o le llegaren a negar los derechos solicitados, derivados de la reclamación o en recurso, con relación al reconocimiento, reliquidación y pago de la pensión.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO en que ha sido lesionado el actor, se pronuncien las siguientes o similares condenas a favor del actor:

QUINTO: Se ordene a la parte demandada al reconocimiento y pago de la diferencia pensional a favor del demandante, desde que tuvo derecho teniendo como base para la liquidación el promedio mensual devengado en el último año de prestación de servicios, teniendo en cuenta todos los factores salariales de dicho periodo, conforme las normas del régimen de transición para los empleados públicos y conforme al artículo.

SEXTO: Condénese a la parte demandada, al pago a favor del demandante de la diferencia pensional mes por mes causada y no pagada desde la fecha en que tuvo derecho hasta la fecha en que se realicen los pagos regulares de las mesadas pensionales re liquidadas.

SEPTIMO: Condénese al reconocimiento y pago de los intereses moratorios según la ley.

OCTAVO: Las sumas reconocidas en los numerales anteriores devengarán los intereses señalados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo desde la fecha de ejecutoria del fallo.

NOVENO: Las sumas reconocidas en los numerales anteriores serán indexadas de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor.

DECIMO: Que se condene en costas a la entidad demandada.

DECIMO PRIMERO: Que se ordene a la entidad demandada, dar cumplimiento a la sentencia dentro de los 30 días siguientes a su ejecutoria."

1.1. Hechos.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, señaló:

El señor REINEL FERNÁNDEZ nació el 22 de marzo de 1948 y prestó sus servicios a la RAMA JUDICIAL como empleado público, desde el 01 de septiembre de 1990 hasta el 29 de febrero de 2012.

El actor es beneficiario del régimen de transición pensional de que trata el artículo 36 de Ley 100 del 23 de diciembre de 1993, porque a la entrada en vigencia de esta ley, contaba con más de 40 años de edad y más de 15

años de servicio, y por ende su derecho pensional se rige por los decretos 546 de 1971 y 717 de 1978.

El día 25 de septiembre de 2003, elevó solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación ante la Caja Nacional de Previsión Social EICE.

La Caja Nacional de Previsión Social EICE, mediante Resolución No 004360 de 18 de enero 2006, le reconoció una pensión de jubilación, la cual fue re liquidada mediante las Resoluciones No 34567 de 2006 y 11015 de 2009.

Las referidas resoluciones no aplicaron la normatividad que regula la situación pensional del demandante, por lo que interpuso recurso de reposición, contra la Resolución No 11015 de 2009, en aras de obtener la aplicación de los decretos 546 de 1971 y 717 de 1978.

Mediante Resolución No PAP 040778 de 28 de febrero de 2011, se revocó la Resolución No 11015 de 2009 y se accedió parcialmente a lo solicitado y en consecuencia, en acatamiento al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, se aplicó el Decreto 546 de 1971 y se efectuó la liquidación de la pensión con el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario, mas no con la asignación mensual más alta devengada el año anterior al retiro.

A partir del 01 de marzo de 2011, se hizo efectivo el retiro del servicio.

A través de la Resolución No **RPD 053642** de 16 de diciembre de 2015, se negó la reliquidación de la pensión, aduciéndose que para efectos de la liquidación de la pensión del señor FERNANDEZ, se tuvo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Así mismo, se señaló que la liquidación se efectuó, conforme a lo establecido en el artículo 6 del Decreto 546 de 1971, aplicando un 75% del ingreso base de liquidación conformada por la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicios.

En contra de la Resolución No RPD 053642, se interpuso recurso de apelación, resuelto mediante Resolución RDP 014644 del 6 de abril del 2016, confirmando la decisión.

2. La contestación de la demanda².

La entidad demandada se opuso a las pretensiones incoadas, señalando que la liquidación pensional del demandante se efectuó con el 75% sobre el salario promedio de asignación más elevada devengada en el último año, teniéndose en cuenta todos los factores salariales más elevados

²Folios 114 a 122 del Cuaderno Principal.

devengados en el último año, teniendo en cuenta los determinados en el artículo 6 del Decreto 546 de 1971.

Como excepciones propuso las siguientes:

- Inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido.
- Ineptitud sustantiva de la demanda por no haber demandado todos los actos administrativos.
- Ausencia de vicios en los actos administrativos demandados.
- Prescripción.

3. La sentencia de primera instancia³.

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán, mediante Sentencia 241 de 28 de noviembre de 2017, declaró la nulidad parcial de las resoluciones N° 4360 de 02 de febrero de 2006, 34567 de 19 de julio de 2006, PAP 040778 de 28 de febrero de 2011, 15400 de 05 de abril de 2013 y la nulidad total de las resoluciones RDP 53642 de 16 de diciembre de 2015 y RDP 014644 de 06 de abril de 2016.

A título de restablecimiento del derecho ordenó expedir el acto administrativo mediante el cual se reajuste la pensión del demandante a partir del 19 de agosto de 2012, en cuantía del 75% de la asignación más elevada percibida, incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, esto es entre el 01 de marzo de 2011 y el 29 de febrero de 2012, incluyendo la asignación básica, prima de alimentación, prima de antigüedad, incremento del 2.5%, bonificación por servicios prestados, prima de productividad, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, en la proporción correspondiente.

Adicional ordenó el descuento de los aportes a cargo del trabajador y el empleador, en los porcentajes establecidos por ley.

³ Folios 171 a 176 cuaderno principal.

Como fundamento de la decisión, expuso que no es objeto de debate el régimen de transición que acompaña al demandante, refiriendo que lo discutido en este escenario es el ingreso base de liquidación, razón por la cual concluyó que en virtud del principio de inescindibilidad de la ley, debe aplicarse a la pensión deprecada, los decretos 546 de 1971 y 717 de 1978.

Adujo que en virtud del referido principio debe aplicarse a la pensión del demandante el artículo 12 del Decreto 717 de 1978, que estatuye que además de la asignación básica, constituye salario, todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el funcionario o empleado en retribución de sus servicios.

Consideró que las resoluciones enjuiciadas adolecen de nulidad, en tanto si bien se incluyeron todos los factores salariales, el valor no fue el correcto.

Relacionó que en el último año de servicios, el demandante percibió sueldo básico, prima de alimentación, incremento por antigüedad, incremento del 2.5%, bonificación por servicios prestados, prima de productividad, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad; significando que en la liquidación efectuada por el despacho judicial, existe diferencia con la doceava de la prima de servicio y la prima de vacaciones, respecto de la efectuada por la UGPP y la prima de productividad solo fue tenida en cuenta por un semestre, arrojando la liquidación del Despacho un valor mayor, correspondiente a \$1.325.722, frente \$1.299.278 que fue el reconocido por la entidad.

Además sostuvo que no podían tenerse en cuenta los valores del mes de mayo de 2011, porque si bien es cierto son mayores, esta situación acontece por el pago del retroactivo.

Finalmente declaró la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 19 de agosto de 2012.

4. El recurso de apelación.

4.1 Parte demandante⁴.

Elevó recurso de apelación señalando que no se prueba que la asignación más alta devengada en el mes de mayo de 2011 corresponda al retroactivo por incremento anual y por lo tanto son dichos valores los que deben tenerse en cuenta a efectos de la reliquidación pensional.

4.2. UGPP⁵.

La entidad reitera que los actos administrativos demandados conservan incólume su presunción de legalidad, pese a la decisión de la a quo, porque al actor se le aplicó en debida forma el régimen de transición, respetando así las normas especiales para el reconocimiento de su pensión, sin que sea factible reconocer factores salariales y montos no establecidos en la norma correspondiente.

Finalmente solicitó la disminución de la condena en costas porque el proceso se desarrolló con total celeridad, además que por la naturaleza de la entidad, las condenas afectan el erario.

5. Actuación en segunda instancia.

Mediante auto de 02 de febrero de 2018⁶ se admitió el recurso de apelación interpuesto por las partes y se ordenó la notificación al Ministerio Público para los fines consagrados en el artículo 303 del CPACA.

Con auto de 13 de febrero de 2018⁷ se decidió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se corrió traslado a las partes para alegar por el término de diez (10) días.

⁴ Folios 184 a 186 Cuaderno Principal

⁵ Folios 188 a 193 Cuaderno Principal

⁶ Folio 03 cuaderno segunda instancia.

⁷ Folio 09 cuaderno segunda instancia

6. Alegatos de conclusión.

6.1 UGPP⁸.

La entidad refirió que el IBL no fue objeto de transición, debiendo aplicarse la Ley 100 de 1993.

6.2. Parte demandante⁹.

La parte demandante insistió en los argumentos del recurso de alzada.

7. Concepto del Ministerio Público.

La señora Agente del Ministerio Público solicitó confirmar la decisión de instancia, porque debe aplicarse en su integridad el régimen de transición que acompaña al demandante, señalando además que no debe tenerse en cuenta la asignación del mes de mayo de 2011, porque este mayor valor se justifica por el incremento salarial anual.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1 Competencia.

El Tribunal Administrativo es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, de conformidad con el artículo 153 del CPACA.

2 Caducidad.

Teniendo en cuenta que el derecho alegado trata sobre prestaciones periódicas, no está sujeto al término de caducidad, de conformidad con el artículo 164, numeral 1º literal b) del CPACA.

⁸ Folios 13 a 19 cuaderno segunda instancia

⁹ Folios 13 a 19 cuaderno segunda instancia

3 Problema jurídico.

Corresponde al Tribunal determinar si la Sentencia No. 241 de 28 de noviembre de 2017, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán, en la que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, debe ser revocada, modificada o mantenerse incólume.

4 Régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993. Posición del Tribunal antes de la Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2018, del Consejo de Estado.

Si bien con la Sentencia C-258 de 2013, la Corte Constitucional refirió que como factores de liquidación de la pensión, sólo pueden tomarse *“aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, que tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieran realizado las cotizaciones respectivas al sistema de pensiones”*; en sentencia de 12 de septiembre de 2014, la posición unificada del Consejo de Estado, reiteró el principio de inescindibilidad de la norma pensional, en la medida que un régimen de transición debe ser aplicado en forma integral.

La Sala de Oralidad del Tribunal Administrativo del Cauca, venía aplicando los pronunciamientos del Consejo de Estado en materia pensional, toda vez que por la integralidad de la norma el régimen de transición debía ser considerado cabalmente bajo la normativa anterior, criterio que acogía los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, recogidos por la Corte Interamericana de Derechos sobre la integralidad de los regímenes pensionales, tal como se puede referenciar de las sentencias de 28 de febrero de 2003, Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú, y 1 de Julio de 2009, Caso Acevedo Buendía y Otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú, en el que se sostuvo que de conformidad con los artículos 21 y 29 de la Convención, cuando una pensión se consolide en vigencia de una disposición legal, se genera un derecho adquirido que se incorpora al patrimonio de las personas, e implica que dicha pensión debe regirse en los términos y condiciones previstos en la mencionada vigente al momento de su consolidación.

De otro lado se consideró que, el análisis emprendido por la Corte Constitucional, concretamente en la Sentencia C-258 de 2013, no resultaba aplicable a las pensiones del régimen de transición, por cuanto el estudio de constitucionalidad efectuado por el Alto Tribunal fue desarrollado en el marco de regímenes especiales, por lo tanto no podía extender sus efectos a los demás sistemas pensionales. No obstante, con Sentencia SU-230 de 2015, la Corte decidió que los efectos de la Sentencia C-258 de 2013, cobijaría igualmente a los demás regímenes pensionales.

Como consecuencia este Tribunal acudió al análisis jurisprudencial decantado en materia de precedente por parte del H. Consejo de Estado en la sentencia de 04 de septiembre de 2017, en el expediente bajo radicación interna 57279, en aras de garantizar la efectividad de los derechos y la tutela judicial efectiva de quienes reclaman administración de justicia. En ese orden se concluyó que los asuntos deben resolverse con basamento en el derecho vigente, y por lo tanto la extensión efectuada en la Sentencia SU 230 de 2015 de la Corte Constitucional, solo debería aplicarse a las pensiones concretadas con posterioridad a su vigencia, mas no a pensiones consolidadas antes de su fecha.

Dicha posición se afianzó además, entre otras, en la sentencia de tutela adoptada por el H. Consejo de Estado, de 06 de septiembre de 2017, dentro del expediente 20170032201; y últimamente en las sentencias del 16 de mayo de 2018, Rad. 2018-01062-00 de la Sección Segunda, y 8 de junio de 2018, Rad. 2017-03477-01 Sección Primera, que frente al tema explicaban:

"5.1. El Consejo de Estado, reitera la tesis que el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993, debe interpretarse de manera armónica, integral y en aplicación del principio de inescindibilidad normativa, ateniendo su finalidad; pues la interpretación que ha venido aplicando esta Corporación resulta razonable y favorable tanto de los derechos laborales como de las finanzas pública y en materia pensional se encuentran de por medio derechos constitucionales fundamentales que no pueden desconocerse. Igualmente, debe interpretarse la noción de salario en sentido amplio y no restrictivo.

...

Sobre el particular, cabe reiterar que para que se pueda predicar el carácter de precedente jurisprudencial de una providencia, ésta debe ser anterior a la decisión respecto de la cual se pretende su aplicación¹⁰ y debe existir “[...] una semejanza de problemas jurídicos, cuestiones constitucionales, hechos del caso, normas juzgadas o puntos de derecho [...]”, por lo que “[...] En ausencia de uno de estos elementos, no puede predicarse la aplicación de un precedente [...]”¹¹. Resaltado en el texto

De conformidad con los razonamientos enunciados, esta Corporación había sentado su posición entendiendo que el principio de inescindibilidad continuaba inalterable en todos aquellos casos en que la prestación se había consolidado con anterioridad a la vigencia de la Sentencia SU – 230 de 2015, y por ende ordenaba realizar la reliquidación de la pensiones de acuerdo al promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios en aplicación integral del régimen anterior.

4. Criterios definitivos para el reconocimiento pensional de las personas beneficiarias del régimen transición, Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2018, del Consejo de Estado

Es preciso señalar que con Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2018, dentro del Expediente Rad. 52001-23-33-000-2012-00143-01, el Órgano Vértice de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cambió la postura traída y fijó los criterios definitivos para el reconocimiento pensional de las personas beneficiarias del régimen transición.

Señaló inicialmente la Alta Corporación que el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 se creó para proteger las expectativas legítimas que tenían los trabajadores afiliados al régimen de prima media con prestación definida a la fecha de su entrada en vigencia y que estuvieran próximos a pensionarse. Este grupo es conformado por los servidores del Estado, que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaran con 35 años de edad o más si son mujeres, o con 40 si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados. Es decir, basta con reunir cualquiera de los anteriores requisitos para tener el derecho adquirido al régimen de transición.

¹⁰ Sentencias T-619 de 2009, T-656 de 2011, T-762 de 2011 y 217 de 2013, entre otras.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-288 de 2011.

Igualmente precisó que las personas que fueran beneficiarias del régimen de transición, en virtud del principio de favorabilidad, al momento de consolidar su estatus pensional, pueden optar por un reconocimiento en las condiciones establecidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (régimen de transición) o bajo los presupuestos de la pensión de vejez regulada en el Sistema General de Pensiones previstos en los artículos 33 y 34 en concordancia con el artículo 21 ibídem; el que le resulte más favorable.

Respecto del Ingreso Base de Liquidación para aquellas personas beneficiarias del régimen de transición, en dicho pronunciamiento la Sala Plena del Consejo de Estado luego de realizar una exposición del desarrollo jurídico de la materia y las tesis adoptadas por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y la Sección Segunda del Consejo de Estado, concluyó que el IBL contenido en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es el aplicable para establecer el monto pensional. Así se explica:

*84. Planteadas así las tesis sobre el IBL aplicable en el régimen de transición, la Sala advierte que el aspecto que ha suscitado controversia es el periodo que se toma en cuenta al promediar el ingreso base para fijar el monto pensional, pues el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 preveía como IBL el "salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el **último año de servicio**", mientras que el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece que el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el **tiempo que les hiciera falta para ello**, o el cotizado **durante todo el tiempo** si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Es decir, mientras el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985 establece el último año de servicios, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra la posibilidad que sea más de un año dependiendo de la situación particular de la persona que está próxima a consolidar su derecho pensional.*

85. A juicio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado una lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite concluir que en el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3 de dicha norma.

86. Como se dijo en párrafos anteriores el régimen de transición prorrogó la vigencia de todos los regímenes pensionales anteriores a

la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, otorgando efectos ultractivos a algunos elementos constitutivos de dichos regímenes para aquellas personas que se encontraban afiliadas a los mismos y que estaban próximas a adquirir el derecho pensional. Tales elementos son la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión.

87. Para establecer el monto de la pensión, el legislador, en este caso de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de su libertad de configuración, fijó un elemento, el IBL, que cumpliría con la finalidad no solo de unificar la base de la pensión para todos aquellos que estaban próximos a pensionarse, sino como manifestación de los principios de solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera para garantizar la viabilidad futura del Sistema General de Pensiones; máxime teniendo en cuenta que el periodo de transición abarcaría varias décadas¹².

En ese orden, consideró que el artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen de transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Bajo esas razones, el Consejo de Estado fijó la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición de la siguiente manera:

“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.

A partir de esa regla fijó las siguientes subreglas:

- ***“La primera subregla*** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

¹²En virtud del Acto Legislativo No. 1 de 2005, la aplicabilidad del régimen de transición corrió hasta el 31 de julio de 2010, o, excepcionalmente, hasta el 31 de diciembre de 2014, en el caso que los beneficiarios contaran con 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios al momento de la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo.

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE"

(...)

"La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Continuó diciendo la Sala Plena Consejo de Estado que la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social y traspasa la voluntad del legislador, que enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no

afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.

Así las cosas, el análisis de la presente cuestión litigiosa se abordará con sustento en la sentencia de Unificación del Consejo de Estado antes referenciada, toda vez que en el mismo pronunciamiento se dispuso que las reglas jurisprudenciales que se fijaron, se apliquen a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias.

Es preciso señalar que si bien es cierto que en la sentencia de unificación se concreta al régimen general de pensiones de las leyes 33 y 62 de 1985, ninguna situación jurídica amerita darle un trato diferente cuando el régimen de transición remite a un régimen especial como es el previsto en el Decreto 546 de 1971 para los servidores de la Rama Judicial y el Ministerio Público, porque lo claro es, que ***“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 también hace parte del régimen de transición especial, en consonancia con la unificación jurisprudencial tanto de la Corte Constitucional, como de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.”***

4. Caso concreto.

En el sublite, sea lo primero advertir, que no se encuentra en discusión que el señor REINEL FERNÁNDEZ es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, supuesto aceptado por la UGPP, tanto en la actuación administrativa como en este proceso judicial.

En razón a lo anterior, a la pensión de vejez del demandante debe aplicarse el régimen pensional anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que para el caso concreto corresponde al previsto en el Decreto 546 de 1971, supuesto también aceptado por la enjuiciada.

No obstante, de acuerdo con la posición unificada, el régimen de transición que le es aplicable al demandante, esto es el Decreto 546 de 1971, conserva la edad. 55 años-; el tiempo de servicios- 20 años-; y la tasa de reemplazo-75%-; pero el Ingreso Base de Liquidación –IBL- es el previsto en el artículo 36, inciso 3 y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, las pretensiones del demandante, están encaminadas a que la UGPP, le reliquide el derecho pensional, en cuantía del 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio, incluyendo todos los factores salariales y/o sumas devengados habitual y periódicamente, que a su modo de ver, corresponde a la asignación devengada en el mes de mayo de 2011.

La Resolución 04360 de 2006¹³, mediante la cual CAJANAL EICE le reconoció la pensión vitalicia de vejez al demandante, estableció que en aplicación del régimen de transición, se le respetaron tres requisitos como son: el tiempo de servicio, la edad y el monto del régimen anterior vigente, aplicando el Decreto 546 de 1971, y la liquidación se efectúa con el 75% del promedio de lo devengados sobre el salario promedio de 10 años y tres días, conforme a lo establecido en el artículo 36 la Ley 100 de 1993.

Con posterioridad, la Resolución RDP 015400 de 05 de abril de 2013¹⁴, reliquidó la pensión, estableciendo como factores para la liquidación pensional lo devengados en el último año de servicios comprendido entre el 01 de marzo de 2011 y el 29 de febrero de 2012; incluyendo la asignación básica, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, prima de antigüedad, prima de alimentación, prima de productividad,

¹³ Folios 26 a 32 cuaderno principal

¹⁴ Folios 33 y 34 cuaderno principal.

prima de servicios y prima de vacaciones, descontando para tal efecto, los aportes a seguridad social.

Con la Resolución RDP 053642 de 16 de diciembre de 2015 se negó la solicitud de reliquidación pensional por parte de la UGPP, en tanto al demandante se le aplicó de manera integral el régimen previsto en el Decreto 546 de 1971.

Así las cosas, para dar respuesta al problema jurídico planteado, la Sala precisa que la pensión reconocida al demandante por parte de la UGPP, resulta más favorable a la prevista en la sentencia unificada por la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo, en tanto el ingreso base de liquidación contenido en el acto administrativo demandado es el establecido en el régimen anterior, que corresponde al Decreto 546 de 1971, cuando le correspondería la liquidación con el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de los últimos 10 años y sobre los factores sobre los cuales se realizaron los correspondientes aportes.

Sin embargo, no le corresponde a esta Magistratura declarar la nulidad de dicho acto, máxime cuando la propia posición unificada establece que en virtud del principio de seguridad jurídica las cuestiones consolidadas resultan inmodificables.

En conclusión, se revocará la decisión de instancia para en su lugar denegar las pretensiones, sin necesidad de ahondar en los argumentos de la parte demandante respecto de las emolumentos devengados en el mes de mayo de 2011, por sustracción de materia.

5. Costas.

El artículo 118 de la Ley 1437 de 2011, señala que dentro de la sentencia el Juez deberá pronunciarse sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

La Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, en consideración a que la demanda se presentó previo al cambio

Expediente: 19001-33-31-005-2016-00276-01
Demandante: REINEL FERNANDEZ
Demandado: UGPP
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – SEGUNDA INSTANCIA.

jurisprudencial enunciado e invocado por el actor, en virtud del cual las pretensiones contaban con un eventual margen de vocación de prosperidad.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO.- REVOCAR la Sentencia No. 241 de 28 de noviembre de 2017, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán, para en su lugar denegar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas.

SEGUNDO.- Abstenerse de condenar en costas.

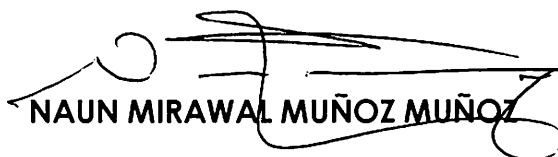
TERCERO.- NOTIFÍQUESE la presente sentencia a las partes de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 203 del CPACA.

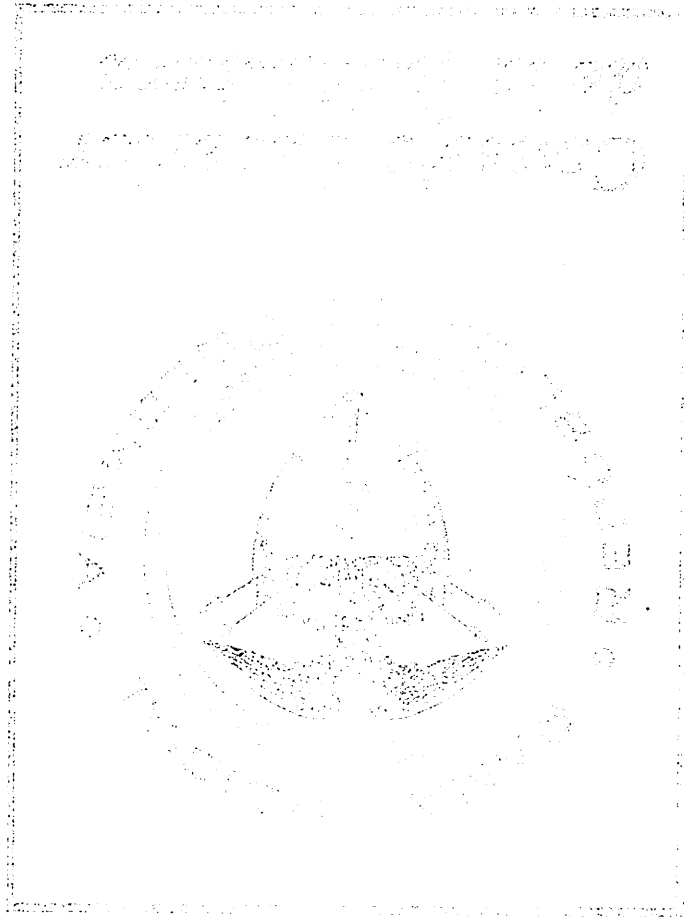
CUARTO.- En firme esta decisión, devuélvase al juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se hace constar que el proyecto de sentencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

Los Magistrados,


NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ



DAVID FERNANDO RAMIREZ FAJARDO

David F. Ramirez F.

JAIRO RESTREPO CACERES

Jairo Restrepo Caceres

Expediente:
Demandante:
Demandado:
Medio de control:

19001-33-31-005-2016-00276-01
REINEL FERNANDEZ
UGFP

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - SEGUNDA INSTANCIA.