



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

Popayán, catorce (14) de mayo de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA TA-DES 002 –ORD.0xx-2020.

Magistrado Ponente: NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ

Expediente: 19001-33-31-006-2016-00167-01
Demandante ALDEMAR CABRERA CAMPO
Demandado: UGPP
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda instancia

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la Sentencia N° 159 de 30 de julio de 2018, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. **La demanda**¹.

El señor ALDEMAR CABRERA CAMPO, por intermedio de apoderado debidamente constituido, promovió demanda de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO en contra de la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL-UGPP, con el fin de que se efectúen las siguientes declaraciones y condenas:

“1. Que es nula parcialmente la Resolución N° PAP 052678 de fecha 12 de mayo de 2011, por medio del cual CAJANAL en liquidación - UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCAL – UGPP, reconoce la pensión de jubilación, sin incluir todos los factores salariales devengados por el señor ALDEMAR CABRERA CAMPO en el último año de servicios. No aplica la Ley 100/93 Art 36-favorabilidad.

2. Que se declara la nulidad total de la Resolución RDP 053994 de fecha de 16 de diciembre de 2015, mediante la cual niega la reliquidación pensión de vejez, en favor del señor ALDEMAR CABRERA CAMPO, dejando de incluir todos los factores salariales. Olvido que es el régimen especial de transición.

¹Folios 31 a 47 cuaderno principal

3. Que se declare la nulidad total de la Resolución RDP 004983 de fecha del 08 de febrero de 2016, mediante la cual la UGPP resuelve un recurso de reposición, negando e informando que le recurso será enviado al superior jerárquico para los fines pertinentes. Vía de hecho.

4. Que se declare la nulidad total de la Resolución RDP 010187 de 04 de marzo de 2016, mediante la cual la UGPP resuelve el recurso de apelación en contra de la Resolución 53994 del 16 de diciembre de 2015, notificando al interesado que queda agotada la vía gubernativa.

5. Como consecuencia de las nulidades declaradas por ilegalidad y a título de restablecimiento del derecho lesionado con los actos administrativos precitados, comedidamente solicito a su señoría que ordene que:

6. La UGPP profiera resolución que liquide nuevamente, y pague una pensión de vejez a partir del 28 de junio de 2007, en favor del demandante el señor ALDEMAR CABRERA CAMPO, con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, es decir, desde el 28 de junio de 2006 a 28 de junio de 2007, en aplicación y observancia de la Ley 33 y 62 de 1985 y atención de artículo 53 de la cata política, por ser más favorable el régimen de servidor público. También por ser titular legítimo del régimen legal de transición pues a 1° de abril de 1994 ya tenía 40 años de edad pues nació el 23 de noviembre de 1954 y tenía 16 años de servicios oficiales (02 de abril de 1978 a 1 de abril de 1994).

7. Aplicar el IPC de que trata la sentencia SU 120 del 7 de marzo de 2003, C-862/06 Y SU 1073/12; del Consejo de Estado, Sección Segunda, expediente 0531/2001 que precisa que la mesada debe ser indexada y con los intereses correspondientes, es decir estamos hablando de derechos adquiridos y así lo reconoce la UGPP en liquidación en la resolución que le concedió la pensión.

8. Que se ordene el reconocimiento y pago de los intereses e indexación causados por las sumas resultantes por la diferencias entre lo reconocido y el nuevo valor otorgado por la sentencia, desde el momento en que se adquiere el derecho 28 de junio de 2007, hasta el momento en que efectivamente se cancelen los valores, teniendo en cuenta el porcentaje legal, ya que la UGPP, a través de sus empleados no puede algar buena fe, no pueden aducir ignorancia de la Ley en los casos de los funcionarios públicos y mucho menos desconocer los fallos de la H. Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Corte Constitucional en los fallo de tutela contenciosos o constitucionales. Que lo factores para la liquidación de la pensión son los que se encuentran en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

9. Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 y siguientes de la Ley 1437 de 2011."

1.1 Hechos.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, señaló:

Que el señor ALDEMAR CABRERA CAMPO laboró como empleado oficial al servicio de la dirección departamental de salud del Cauca como celador desde el 02 de abril de 1978 hasta el 27 de junio de 2007.

Manifestó mediante Resolución PAP 052678 del 12 mayo de 2011 la CAJA NACIONAL, en liquidación – UGPP, le reconoce una pensión mensual vitalicia de vejez.

Que el día 28 de agosto de 2015 solicitó a la UGPP la reliquidación de su pensión con todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Que mediante Resolución RDP 053994 de 16 de diciembre de 2015 la UGPP niega la reliquidación de la pensión; lo cual el demandante interpone recurso de reposición en subsidio apelación el 29 de enero de 2016, en la cual la UGPP mediante Resolución RDP 004983 del 8 de febrero de 2016 confirma la decisión tomada y envía la apelación al superior.

Finalmente con Resolución RDP 010187 de 04 de marzo de 2016, la UGPP resolvió el recurso de apelación negando la reliquidación solicitada.

1.1. Normas violadas y concepto de violación.

Estimó violados las leyes 33 y 62 de 1985; el Decreto 3135 de 1968 en su artículo 14; el Decreto 1848 de 1969 en sus artículos 68 y ss., y el Decreto 1045 de 1978 en sus artículos 44, 45 y ss.

La sentencia de orden constitucional erga omnes, C-168 del 20 de abril de 1995 de la Corte Constitucional sobre la favorabilidad, C-862/06; SU-120/2003 y SU 1073/2012.

Consideró que los actos administrativos demandados desconocen las normas antes transcritas, al haberse liquidado la pensión sin atender la situación más favorable al trabajador, debiendo liquidarse la pensión con el promedio del último año de servicios y con inclusión de todos los factores salariales, dándole cumplimiento al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al ser el demandante beneficiario de régimen de transición.

2.- La contestación de la demanda².

La demandada se opuso a las pretensiones, por considerar que la entidad actuó acorde a Derecho.

Sostuvo que para la liquidación de la pensión de demandante se tuvo en cuenta el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100/93 y dando cumplimiento a lo establecido en el Decreto 1158 de 1994, en que taxativamente señalan los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar este tipo de pensiones.

²Folios 64 a 73 cuaderno Principal

Como excepciones propuso las siguientes:

Inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, ausencia de vicios en los actos administrativos demandados y prescripción.

3.- La sentencia de primera instancia³.

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, mediante Sentencia N° 159 de 30 de julio 2018 dictada en audiencia, declaró la nulidad parcial de la Resolución PAP No. 52678 del 12 de mayo de 2011 por medio del cual CAJANAL reconoció pensión de jubilación; la nulidad total de las resoluciones No. RDP 053994 del 16 de diciembre de 2015, No. RDP 004983 del 08 de febrero de 2016 y No. RDP 010187 del 04 de marzo de 2016, que negaron la reliquidación pensional solicitada por la demandante.

A título de restablecimiento del derecho ordenó reliquidar la pensión en cuantía del 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios, esto es entre el 27 de junio de 2006 al 27 de junio de 2007, incluyendo: asignación básica, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, horas extras, prima de servicios, bonificación por servicios prestados, prima de navidad y prima vacaciones.

Adicionalmente ordenó efectuar los descuentos por aportes correspondientes a los factores ordenados y sobre los cuales no se ha realizado la deducción legal.

Se declaró probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales con anterioridad al 28 de agosto de 2012.

Consideró la Juez de instancia que era aplicable al asunto el precedente fijado por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 y 26 de febrero de 2016, en relación con el tema de los aportes, lo que corresponde en estos casos ordenar a la entidad encargada de la pensión, realizar el descuento respectivo del retroactivo a pagarlos aportes a seguridad social que le correspondían al trabajador.

5.- El recurso de apelación⁴.

La parte demandada reiteró los argumentos de la contestación de la demanda, solicitando revocar la decisión ante el pronunciamiento de la Corte Constitucional en la Sentencia SU- 230 del 29 de abril de 2015.

³Folios 109 a 116 cuaderno principal

⁴Folios 123 a 134 Cuaderno Principal

Argumentó que resulta claro que las mesadas en régimen de transición se liquidan con edad, tiempo de cotización y monto del régimen anterior, que se aplica ultractivamente, pero que el período de liquidación y factores, es decir, el cálculo del IBL, se hace con las reglas contenidas en la propia Ley 100 de 1993.

6.- Actuación en segunda instancia.

Mediante auto de 08 de octubre de 2018⁵, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y se ordenó la notificación al Ministerio Público para los fines consagrados en el artículo 303 del CPACA.

Con auto de 30 de octubre de 2018⁶, 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.

7.- Alegatos de conclusión.

7.1 Por la parte demandante.

No presentó alegatos de conclusión.

7.2 Por la UGPP⁷.

La UGPP, reiteró que en el caso concreto se deben tener en cuenta al momento de realizar cualquier tipo de reliquidación, los criterios establecidos en las sentencias C-258 de 2013, SU 230 de 2015 y SU 395 de 2017, en el entendido de que el IBL no hace parte del régimen de transición, por lo que solamente se aplican los conceptos de edad, tiempo, tasa de reemplazo; elementos que fueron observados en el reconocimiento de la prestación de la actora por la entidad.

7.3 Concepto del Ministerio Público⁸.

El Ministerio Público fundamentó su argumento en las sentencias de unificación 230 de 2015 y de 28 de agosto de 2018, manifestando que el IBL no hace parte del régimen de transición y que por lo tanto debe aplicarse la regla prevista en el artículo 36 de la Ley 100/93 para efectos de su cálculo, respetando así los principios de solidaridad y universalidad del sistema general de pensiones, por lo cual debería revocarse la sentencia del primera instancia.

⁵Folio 03 cuaderno segunda instancia

⁶ Folio 08 cuaderno segunda instancia

⁷Folio 12 a 15 Cuaderno segunda instancia

⁸ Folio 17 a 27 cuaderno segunda instancia

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1.- Competencia.

El Tribunal Administrativo del Cauca, 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 c) del CPACA.

3.- Problema jurídico.

Corresponde al Tribunal determinar si la Sentencia No. 159 del 30 de julio de 2018, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda, debe ser revocada, modificada o mantenerse incólume.

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.

Si bien la Sala de Oralidad del Tribunal Administrativo del Cauca, venía aplicando los pronunciamientos del Consejo de Estado en materia pensional, debido a 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 pensionales⁹; 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 posición traída, y fijó los criterios definitivos para el reconocimiento pensional de las personas beneficiarias del régimen transición.

Así sostuvo 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

⁹Las 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, 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.

a la fecha de su entrada en vigencia y que estuvieran próximos a pensionarse.

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.

Como consecuencia fijó una regla y subreglas Jurisprudenciales 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”.

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:
- *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 hiciere 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”.

Respecto de la posición asumida en la sentencia de unificación del 04 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, aclaró que dicho criterio interpretativo 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.

Finalmente señaló la alta Corporación que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en la referida sentencia de unificación debían aplicarse a todos los casos pendientes de solución, tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias, de manera que el análisis de la presente cuestión litigiosa se abordará con sustento en dicha sentencia.

5.- Caso concreto.

En el sublite, sea lo primero advertir que no se encuentra en discusión que el señor ALDEMAR CABRERA CAMPO, 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 la Ley 33 de 1985, en cuanto a la edad- 55 años-, el tiempo de servicios o semanas de cotización,- 20 años-, y la tasa de reemplazo- 75%- , pero con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3 y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, tal como quedó establecido en la jurisprudencia *ut supra*.

Ahora bien, las pretensiones de la demanda están encaminadas a que la UGPP reliquide la pensión de vejez, incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, que corresponden a la asignación básica, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, horas extras, prima de servicios, bonificación por servicios prestados, prima de navidad y prima vacaciones y demás factores devengados en el año inmediatamente anterior a la constitución del derecho.

Con la Resolución PAP 052678, radicado No. 31934/2010 de 12 de mayo de 2011¹⁰, la Caja Nacional de Previsión Social EICE, le reconoció al señor ALDEMAR CABRERA CAMPO, una pensión mensual vitalicia de vejez, liquidada con el 75% sobre el ingreso base de liquidación conformado por el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó o aportó el interesado entre el 27 de junio de 1997 y el 26 de junio de 2007, conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Así entonces, para la liquidación incluyó la asignación básica, bonificación por servicios prestados y horas extras.

¹⁰Folios 29 a 32 cuaderno principal

Con los demás actos administrativos, resoluciones RDP 053994 del 16 de diciembre de 2015¹¹; No. RDP 004983 del 08 de febrero de 2016¹²; y No. RDP 010187 del 04 de marzo de 2016¹³, la UGPP denegó la reliquidación pensional solicitada por el actor, argumentando que la solicitud del beneficiario no se encuentra en armonía con aquellos factores que bajo competencia constitucional y reglamentaria, ha definido el legislador o el Presidente de la República; además de que no se encuentran debidamente enlistados dentro de los factores con incidencia pensional previstos en el Decreto 1158 de 1994, y porque la solicitud no guarda relación con los precedentes jurisprudenciales vinculantes.

En este orden de ideas, la Sala encuentra que según la jurisprudencia de unificación vigente, le asiste razón a la entidad demandada al predicar que no hay lugar a la reliquidación pensional de la demandante a efectos de incluir la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios, pues solo se incluyen aquellos factores respecto de los cuales cotizó el trabajador, que para el caso en particular corresponden a la asignación básica, la bonificación por servicios prestados y las horas extras, según la liquidación hecha por la entidad previsional.

Es del caso resaltar, que de acuerdo con la regla jurisprudencial establecida en la sentencia del 28 de agosto de 2018, **“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”**. Esta última ley trae consigo los factores salariales a tener en cuenta para obtener el IBL; sin embargo, la UGPP observó los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, pero que igualmente recoge los mismos factores de la citada ley.

Así las cosas, para dar respuesta al problema jurídico planteado, la Sala precisa que la posición asumida por la entidad accionada en los actos demandados, no adolece de vicio de ilegalidad que conlleve a su nulidad como quiera que salvo la asignación básica, la bonificación por servicios prestados y las horas extras, ninguno de los factores salariales devengados por la parte demandante están contenidos en la Ley 33 de 1985, artículo 3, inciso 2 y el Decreto 1158 de 1994, por lo tanto el IBL fue establecido en legal forma.

Como consecuencia deberá revocarse la sentencia apelada y negar las pretensiones de la demanda, acogiendo el criterio de Unificación fijado por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con los artículos 256 y 258 de la Ley 1437 de 2011.

¹¹Folios 23 a 28 cuaderno principal

¹²Folios 20 a 21 cuaderno principal

¹³Folio 17 a 18 cuaderno principal

Expediente: 19001-33-31-006-2016-00167-01
Demandante: ALDEMAR CABRERA CAMPO
Demandado: UGPP
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Segunda instancia

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

III. DECISIÓN

Por las razones expuestas, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO.- REVOCAR la Sentencia No. 159 de 30 de julio de 2018, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, para en su lugar denegar las pretensiones, por las razones expuestas.

SEGUNDO.- Sin 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.

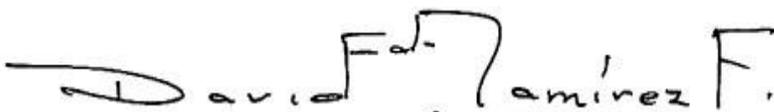
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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 FERNANDÓ RAMÍREZ FAJARDO



JAIRO RESTREPO CÁCERES