



**REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE DUITAMA**

Duitama, siete (7) de diciembre de dos mil quince (2015)

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho (Laboral)

Radicación número: 15238-33-33-001-2013-00259-00

Demandante: Álvaro María Palacios Díaz

Demandada: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscales de la Seguridad Social – UGPP.

Llamada en garantía: UPTC

Procede el despacho a dictar sentencia de primera instancia dentro del presente proceso.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

Fue presentada el día 02 de septiembre de 2013, por el señor Álvaro María Palacios Díaz, a través de apoderado judicial contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscales de la Seguridad Social -UGPP-.

1.1. Pretensiones:

Se resumen en la siguiente forma:

- 1) Declarar la nulidad parcial de las resoluciones números 56010 del 12 de noviembre de 2008 y PAP 015358 del 28 de septiembre de 2010, proferidas respectivamente, por CAJANAL EICE En Liquidación y la UGPP, a través de las cuales se reconoció y reliquidó la pensión de jubilación del demandante, desconociendo que la misma debe ser liquidada con el promedio de lo devengado en el último año de servicio.
- 2) Declarar la nulidad de la Resolución PAP 053144 del 17 de mayo de 2011, proferida por CAJANAL EICE En Liquidación y la UGPP, a través de la cual, negaron la reliquidación de la pensión de jubilación al actor, desconociendo que la misma debe ser liquidada con el promedio de lo devengado en el último año de servicio.
- 3) Que a título de restablecimiento del derecho, se condene a la UGPP a reliquidar la pensión de jubilación del demandante, liquidándola con el promedio de lo devengado en el último año de servicio.
- 4) Que se ordene a la accionada liquidar y pagar debidamente indexadas las diferencias que resulten a favor de la accionante, entre lo que ha venido percibiendo y lo que se determine pagar en la sentencia.

1.2. Hechos

Se resumen así:

1) El señor ALVARO MARÍA PALACIOS DÍAZ prestó sus servicios a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia -UPTC-, durante el tiempo suficiente para acceder al derecho de pensión, quedando amparado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

2) Mediante Resolución 56010 del 12 de noviembre de 2008, Cajanal EICE En Liquidación le reconoció la pensión de jubilación, efectiva a partir del 01 de octubre de 2007, la que le fue liquidada con el promedio de lo devengado en los últimos diez años de servicio y condicionada al retiro definitivo del servicio, lo que tuvo lugar el 28 de diciembre de 2009.

3) Posteriormente, mediante Resolución PAP 015358 del 28 de septiembre de 2010, la entidad accionada le reliquidó la pensión al demandante, pero igualmente sin tener en cuenta todos los factores salariales devengados por el actor en el último año de servicio. Circunstancia por la cual, el actor solicitó nuevamente la reliquidación, la que le fue negada con la Resolución PAP 053144 del 17 de mayo de 2011.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

1.3.1. Normas violadas

-Artículos 1, 2, 3, 4, 6, 13, 25, 29, 53 y 58 de la Carta Política.

-Ley 6ª de 1945; artículo 4º de la Ley 4ª de 1966; Ley 33 de 1985; y artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

La parte actora explica que la infracción de las normas invocadas se produce, toda vez que tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación incluyendo en el IBL, todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, en aplicación de la Ley 33 de 1985 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

1.3.2. Concepto de violación

La parte actora explica que la infracción de las normas invocadas se produce, toda vez que tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación incluyendo en el IBL, todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, en aplicación de la Ley 33 de 1985 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

2. LA DEFENSA

2.1. De la demandada

La UGPP argumenta que el demandante se encuentra inmerso en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 (artículo 36), lo que conlleva la aplicación de la norma anterior para acceder a la pensión, es decir, tiempo, monto y edad para pensionarse, pero los demás requisitos son los establecidos en el régimen vigente al momento de la adquisición del status pensional, que en el presente caso ocurrió el 8 de noviembre de 2002, es decir, debe aplicarse la Ley 100 de 1993, con los factores salariales señalados en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994.

2.2. De la llamada en garantía

La UPTC, entidad llamada en garantía, contestó la demanda dentro de la oportunidad legal, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al tiempo que propone se declare probada la excepción de "improcedencia del llamamiento en garantía", en consideración a que la entidad llamante no acreditó siquiera sumariamente que entre la UGPP y la UPTC existió una relación contractual o legal que justifique el llamado en garantía.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

-La parte demandante y la entidad llamada en garantía -UPTC-, en esencia, reiteraron los argumentos expuestos en la demanda y la contestación del llamamiento.

-Por su parte, la entidad accionada -UGPP-, además de reiterar los argumentos expuestos con la contestación de la demanda, solicita con especial énfasis la aplicación de la sentencia C-258 de 2013, pues aduce que teniendo en cuenta que el actor adquirió el status jurídico de pensionado el 20 de septiembre de 2007, es claro que al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le faltaba más de un año para adquirir el derecho, por lo que no era viable que el IBL se calculara con el promedio de lo devengado en el último año de servicio sino con el promedio de lo devengado en los últimos diez años o del tiempo que le hiciere falta y con el promedio de los factores sobre los cuales realizó aportes, en aplicación de la sentencia referida.

-El Ministerio Público guardó silencio.

4. TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto del 21 de noviembre de 2013 fue admitida la demanda. A través de providencia del 19 de septiembre de 2014 se fijó fecha para la audiencia inicial, la que se llevó a cabo el 04 de febrero de 2015. La audiencia de pruebas tuvo lugar el día 20 de marzo de 2015, en la cual se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, por lo que se les corrió traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito. El proceso entró al Despacho para fallo el día 22 de abril de 2015.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico:

Corresponde al Despacho, determinar si procede reliquidar la pensión vitalicia de jubilación del actor, teniendo en cuenta el 75% de todos los factores salariales devengados por el durante el último año de servicio. Así mismo, establecer si procede condenar a la entidad llamada en garantía dentro del sub examine.

2. Tesis

El Juzgado sostendrá la tesis que el demandante tiene derecho al reajuste de su pensión de jubilación, equivalente al 75% del promedio del IBL, integrado por todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, en los términos de las leyes 33 y 62 de 1985, por estar cobijado por el régimen de transición pensional previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. De igual manera, el Despacho sostendrá que entidad llamada en garantía deberá ser absuelta dentro del sub examine.

3. Premisas jurídicas

El régimen de transición aparece consagrado en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en los siguientes términos:

"(...)

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

(...)".

De acuerdo con lo anterior, se encuentran cobijados por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, los trabajadores que a la entrada en vigencia de la mencionada Ley (1° de abril de 1994) contaban con 35 años de edad o más si eran mujeres o con 40 años de edad o más si eran hombres, o con 15 o más años de servicios cotizados. Para los cobijados por dicho régimen, las condiciones de acceso al derecho pensional en lo atinente a la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, se regirían por la normatividad establecida en el régimen anterior al que se encontraran afiliados.

Dentro del presente asunto se constata que el actor, según se desprende del expediente administrativo pensional, para la fecha en que entró a regir la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994), contaba con una edad superior a los 40 años y con más de 15 años de servicios cotizados, requisitos que lo ubican como beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En virtud de lo anterior, colige el Despacho que los requisitos para el reconocimiento de la pensión de jubilación del accionante, en cuanto a edad, tiempo de servicios y monto (incluidos los factores para su liquidación), se rigen por la normatividad anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que para el caso en estudio, viene dado por las leyes 33 y 62 de 1985.

Ahora bien, el primer inciso del artículo 1° de la Ley 33 de 1985 dispone lo siguiente:

*“Artículo 1° de la Ley 33 de 1985. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.
(...)”*

En cuanto a los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la pensión, el artículo 3° ibídem, dispuso que estarían constituidos por la: *“asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio”*.

Así mismo, el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 agregó a dichos factores, las primas de antigüedad, ascensorial y de capacitación.

Las anteriores disposiciones normativas, aparentemente taxativas, fueron interpretadas por el Consejo de Estado en sentencia del 4 de agosto de 2010, radicado interno 0112-2009, explicando dicha Corporación que los factores salariales señalados por la Ley 33 de 1985 son enunciativos y no taxativos, de manera que debe incluirse en la base de liquidación pensional todo lo que constituya factor salarial, es decir, aquello que reciba el empleado de manera habitual como retribución directa del servicio.

Criterio éste que acoge el Despacho, toda vez que el mismo está inspirado en principios como el de favorabilidad laboral y primacía de la realidad sobre las formas, entre otros.

Ahora bien, la entidad demandada solicita la aplicación del precedente fijado por la Corte Constitucional en Sentencia C-258 de 2013; no obstante el mismo no es aplicable al sub examine, dado que este fallo está referido al régimen pensional de otra clase de servidores públicos, como es el caso de congresistas y magistrados de altas cortes, quienes eran los destinatarios del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, declarado parcialmente exequible. De la misma forma, merece destacarse que el criterio expuesto por la Corte en la sentencia señalada fue retomado en la Sentencia SU-230 de 2015, pronunciamiento en el cual dicha corporación dio a entender que los razonamientos expuestos en la sentencia C-258 de 2013 presuntamente eran aplicables a todos los beneficiarios del régimen de transición.

El Despacho, sin embargo, para resolver el sub examine, no puede aplicar la sentencia de unificación citada, toda vez que la demanda en estudio fue presentada en el año 2013, es decir, mucho antes de la ejecutoria de la sentencia SU-230 de 2015. Considera este juzgado que por razones de buena fe y seguridad jurídica, no puede darse aplicación a tal precedente, salvo que la demandad se hubiese instaurado con posterioridad a la firmeza de la providencia mencionada, situación que no ha ocurrido en el sub lite.

4. Solución del presente caso

En el *sub examine*, está demostrado que mediante Resolución 56010 del 12 de noviembre de 2008 (fls.6 a 12), Cajanal ELCE En Liquidación le reconoció pensión de jubilación al demandante, teniendo en cuenta los requisitos de edad y tiempo de cotización establecidos en el régimen de transición pensional, pero para efectos del monto de la pensión se liquidó con el promedio de los últimos diez años de servicio, en los términos del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En el mismo sentido, a través de la Resolución PAP 015358 del 28 de septiembre de 2010 (fls.13 a 21), la entidad accionada le reliquidó la pensión al demandante con motivo del retiro definitivo del servicio, pero sin incluir en el IBL todos los factores salariales devengados por el actor en el último año de servicio, pues sólo tuvo en cuenta: asignación básica, horas extras, prima de antigüedad, horas extras y recargo nocturno y bonificación por compensación. En virtud de lo anterior, el 02 de marzo de 2011 (fl.22 considerandos) el actor solicitó nuevamente la reliquidación de su pensión, la que le fue negada con la Resolución PAP 053144 del 17 de mayo de 2011 (fls.22 a 24).

Sin embargo, al actor debió aplicársele integralmente el régimen de transición pensional en los términos del inciso 2º *ibídem*, teniendo en cuenta todos los requisitos establecidos en el régimen al cual se encontraba afiliado al momento de empezar la vigencia del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, es decir, el establecido en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, normas que deben interpretarse de conformidad con el criterio expuesto por el Consejo de Estado en la sentencia arriba citada, por lo que el monto de la pensión es el equivalente al 75% del promedio de todos los factores salariales devengados por el demandante durante el último año de servicio, por resultarle más favorable al actor.

En efecto, está probado que durante el último año de servicio (28 de diciembre de 2008 al 27 de diciembre del año 2009), de acuerdo a la certificación laboral expedida por la empleadora (fls.31 a 34), el accionante devengó los siguientes factores salariales: **asignación básica, auxilio de transporte, prima de antigüedad, subsidio de alimentación, bonificación por recreación, bonificación por servicios, horas extras y recargos nocturnos, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad**; factores salariales que deben ser incluidos en el IBL para el cálculo de la pensión, por haberlos devengado de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios.

Los actos acusados, siendo así, quedaron incurso en causal de nulidad, toda vez que violaron las normas en que debían fundarse, razón por la cual procede su anulación y, como consecuencia de ello, se dispondrá el restablecimiento del derecho respectivo. Para este fin, se ordenará a la entidad demandada que reliquide la pensión del demandante incluyendo en el IBL los factores salariales devengados en el último año de servicio; así como el pago de las sumas resultantes de la diferencia en el valor de las mesadas.

Las diferencias resultantes no pagadas, en cumplimiento a lo señalado en el artículo 187 inciso final del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, serán objeto de la indexación aplicando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

En caso de no haberse efectuado los aportes sobre todos los factores que deben tenerse en cuenta para la determinación del Ingreso Base de Liquidación, la entidad ordenará el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya realizado la deducción legal.

5. Prescripción

La parte demandada propuso como excepción la prescripción de mesadas; observa el Despacho que al señor Álvaro María Palacios Díaz le fue reconocida la pensión de jubilación mediante la Resolución No. 56010 del 12 de noviembre de 2008, la cual fue notificada el día 02 de diciembre de 2008. El 04 de mayo de 2010 el actor elevó petición de reliquidación de la pensión a la entidad demandada (fl.22), interrumpiendo de esta forma por una sola vez la prescripción trienal. Finalmente, la demanda fue radicada el día 02 de septiembre de 2013 (fl.36), lo cual indica que transcurrieron más de 3 años en los términos del artículo 102 del Decreto 1848 de 1969. Siendo así, se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 02 de septiembre de 2010.

6. Costas

De conformidad con el artículo 365 numeral 5 del CGP, no hay lugar a condena en costas, pues las pretensiones de la demanda sólo prosperan parcialmente, teniendo en cuenta la prosperidad de la excepción de prescripción de mesadas propuesta por la entidad demandada, eventos en los cuales se puede prescindir de la condena en costas.

7. Del llamamiento en garantía

En el *sub examine* se accedió a la solicitud de llamamiento en garantía efectuada por la UGPP a la UPTC, con el propósito de que se condenara a ésta a pagar los aportes que la accionada aduce no efectuó como empleadora del demandante, por los factores salariales cuya inclusión se solicita en la reliquidación pensional. Sin embargo, luego de una revisión del llamamiento en garantía, concluye el Despacho que en casos como el que nos ocupa no procede dicha figura procesal, conclusión que se edifica en las siguientes razones:

1) Entre la entidad llamante y la llamada en garantía no existe una relación jurídica sustancial en la que la primera pueda exigir por ley o por contrato, la indemnización o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia. Esto es así, por cuanto la condena a la entidad accionada se refiere a reliquidar la pensión del demandante con el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicio, obligación que se deriva de la calidad de entidad responsable del reconocimiento y pago de la pensión del actor. Al tiempo que a la entidad llamada en garantía (UPTC), no le asiste ningún deber legal en el tema pensional, puesto que como empleador su función se limita a efectuar las cotizaciones a seguridad social conforme a la ley. En otras palabras, la UPTC no tiene la posición de garante en el presente proceso, en consideración al contenido de las pretensiones de la demanda, caso que si ocurriría si se estuviera debatiendo, por ejemplo, la responsabilidad de cuotas partes pensionales.

2) En armonía con lo anterior, al no configurarse la relación jurídica sustancial entre llamante y llamada, en caso de que la UGPP encuentre que la UPTC no realizó en legal forma las cotizaciones a pensiones, correspondientes al factor salarial cuya inclusión se ordena, debe adelantar las acciones de cobro en los términos del artículo 24¹ de la Ley 100 de 1993, para

¹ "ARTÍCULO 24. ACCIONES DE COBRO. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo".

el recaudo del porcentaje de las cotizaciones a cargo del empleador, puesto que, respecto a la parte correspondiente al trabajador, se dispondrá en la parte resolutive de esta sentencia que la entidad demandada puede efectuar la deducción legal. Siendo así se absolverá a la entidad llamada en garantía.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral de Duitama, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial de las resoluciones números: 56010 del 12 de noviembre de 2008 y PAP 015358 del 28 de septiembre de 2010, a través de las cuales, respectivamente, CAJANAL E.I.C.E - En liquidación -hoy UGPP-, le reconoció y ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación al señor Álvaro María Palacios Díaz. Igualmente **DECLARAR** la nulidad de la Resolución PAP 053144 del 17 de mayo de 2011, proferida por la mencionada entidad, a través de la cual negó al actor la reliquidación de la pensión de jubilación con el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicio.

SEGUNDO: Declarar probada la excepción de prescripción de mesadas pensionales propuesta por la entidad demandada, respecto de las diferencias de mesadas causadas con anterioridad al 02 de septiembre de 2010.

TERCERO: Como consecuencia de las declaraciones de nulidad, a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la UGPP a:

A) **RELIQUIDAR** la pensión de vejez del señor Álvaro María Palacios Díaz, incluyendo en el IBL, además de los factores salariales reconocidos en las resoluciones 56010 de 2008 y PAP 015358 de 2010, **el auxilio de transporte, subsidio de alimentación, bonificación por recreación, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad**, factores salariales igualmente devengados en el último año de servicio.

B) **PAGAR** al señor Álvaro María Palacios Díaz la diferencia entre las sumas que percibió como mesada pensional y las que legalmente le correspondían, desde el **02 de septiembre de 2010**. Las sumas resultantes deberán actualizarse de acuerdo con la fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

La entidad demandada, al momento de proceder al pago, podrá efectuar los descuentos por aportes correspondientes a los factores sobre los cuales no se haya realizado la deducción legal.

CUARTO: Este fallo será cumplido de acuerdo con los artículos 192, 194 y 195 CPACA.

SEXTO: Sin costas procesales.

SÉPTIMO: En firme esta providencia, archívese el expediente, previa liquidación de los gastos ordinarios del proceso si a ello hubiere lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

RONALD CASTELLAR ARRIETA
Juez