



Tribunal Contencioso Administrativo de Arauca

SALA UNITARIA DE DECISION

Arauca, Arauca, miércoles, seis (06) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

MAGISTRADO PONENTE EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS

REF: ACCION : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
 RADICACION No. : 810012339000-2017-00015-00
 DEMANDANTE : JAIRO ALINDO MORALES SOLANO
 DEMANDADO : UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL
 DE GESTION PENSIONAL, UGPP

**AUTO
 INTERLOCUTORIO**

I. OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

Corresponde a la Sala Unitaria decidir sobre la medida cautelar de suspensión provisional y otras medidas consecuenciales de la Resolución número RDP 027099 del 25 de julio de 2016, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia de vejez a favor del señor JAIRO ALINDO MORALES SOLANO, expedida por el Subdirector de determinación de Derechos Pensionales de la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales - UGPP.

II. DE LA ACTUACIÓN PROCESAL

1. ANTECEDENTES

- a) En escrito presentado el 27 de febrero de 2017 el señor JAIRO ALINDO MORALES SOLANO, presentó, junto con la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, la solicitud, debidamente sustentada, de suspensión provisional de la Resolución número RDP 027099 del 25 de julio de 2016.
- b) Mediante providencia expedida por el Magistrado Ponente, fechada el 01 de agosto de 2017, y una vez admitida la demanda, resuelve correr traslado a la parte demandada a fin de que se pronuncie sobre la petición del demandante.

2. LA MEDIDA CAUTELAR SOLICITADA

Fue interpuesto oportunamente por la parte demandante y está encaminada a obtener que se suspenda provisionalmente al acto administrativo demandado y se concedan unas solicitudes adicionales, para no ser nugatorio el derecho que reclama sobre la pensión de vejez.

Dentro de los fundamentos de la petición, el demandante plantea lo siguiente:

1.- Que se ordene la expedición de otro acto administrativo en el cual se le liquide provisionalmente la pensión de vejez del señor JAIRO ALINDO MORALES SOLANO de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 6 del Decreto 546 de 1971, el cual establece que se debe reconocer, liquidar y pagar con la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio, teniendo en cuenta todos los factores que constituyen salarios y los que haya percibido en dicha anualidad.

2.- Indica, que existe una diferencia sustancial entre la mesada pensional reconocida y la que verdaderamente tiene derecho, por lo que de manera ostensible viola el Decreto 546 de 1971, el cual es el que debe aplicarse, suma que dada su precaria situación de salud y los créditos que tiene no le alcanzan para tener una vida digna y los recursos adecuados para atender las diferentes patologías que sufre.

3.- Se encuentra probado con la documentación que se anexa los grandes problemas de salud que le aquejan y el impacto sobre el mínimo vital que la pensión reconocida arroja, además de que desde la fecha en que cumplió la edad de retiro forzoso hasta cuando se le reconoció la pensión ha transcurrido un lapso de tiempo considerable.

4.- Afirma, que es muy fácil hacer la confrontación del acto administrativo con la norma dejada de aplicar que lo afecta en el fondo y que se constituye en el sustento para la adopción de la medida cautelar de forma positiva, en el sentido no solamente de reconocer la real pensión por el derecho del pensionado, las mesadas no pagadas y el detrimento patrimonial del Estado que hacia futuro puede ser perjudicado por los intereses que debe cancelar.

5.- En lo concerniente con la confrontación entre la norma y el acto administrativo dice que la liquidación de la pensión de vejez del demandante se debe reconocer bajo el régimen que se aplica a los funcionarios de la Rama Judicial en el entendido que se aplica el Decreto 546 de 1971, dado que es el especial que autoriza el régimen de transición estipulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Y es que la norma de transición es aplicable en cuanto que el demandante contaba con más de 20 años de servicio y más de 55 años de edad, por lo que se deberá liquidar con la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio, teniendo en cuenta todos los factores que constituyen salarios y que los haya percibido en dicha anualidad de conformidad con el artículo 12 del Decreto 717 de 1978 con los correspondientes ajustes según la Ley 71 de 1986.

3. POSICION DE LA DEMANDADA

Sostiene, que las pretensiones de la demanda y las expuestas en la solicitud de la medida cautelar son las mismas, por lo cual deberá esperar los resultados del proceso, además no se avizora prueba que señale que al esperar el trámite procesal correspondiente, se cause algún perjuicio irremediable.

Acota, que el tiempo de trámite del proceso no le provoca una lesión a un derecho que jamás podrá recomponerse. Es innecesaria la medida por falta de urgencia.

Afirma, que el actor está recibiendo la pensión desde septiembre de 2016, por lo que tiene que esperar el trámite respectivo y además debe saberse a través del decreto de pruebas si COLPENSIONES se pronunció respecto a la solicitud de revocatoria directa de las resoluciones VPB 57567 del 20 de agosto de 2015, GNR 238993 del 25 de septiembre de 2013, y GNR 114390 del 31 de marzo de 2014, y si el actor allegó a la UGPP el acto administrativo de retiro.

Por último, expresa, que el actor al recibir la pensión no demuestra perjuicio irremediable y que no señala y explica razonablemente los motivos por los cuales señala que el acto demandado desconoció las normas que sustenta como violadas, ya que, según el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 exige una carga argumentativa mayor.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El problema jurídico

Corresponde dirimir si con los fundamentos contenidos en la solicitud de la medida cautelar y los documentos aportados, se puede determinar la procedencia o no de decretar la medida cautelar deprecada, consistente en la suspensión del acto administrativo que le reconoció la pensión de vejez al señor JAIRO ALINDO MORALES SOLANO, y por consecuencia, ordenar el reconocimiento y pago transitorio de una pensión de sobreviviente a favor del demandante, bajo otros parámetros legales.

Consideraciones finales

La medida cautelar solicitada se reduce en sus motivos a la confrontación del acto administrativo demandado, que reconoció una pensión de vejez al actor por parte de la demandada, con los requisitos de ley para concederla.

Para ello el demandante indica que la pensión debió reconocerse de acuerdo con el régimen especial de los funcionarios de la Rama Judicial, y más aún cuando para el efecto el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 lo autoriza.

Previamente, la Sala Unitaria verificará ciertos hechos relevantes, que relacionados con las normas que se indican violadas darán el fundamento jurídico suficiente para determinar si se cumplen los requisitos exigidos en la medida cautelar solicitada.

Se tiene por lo tanto lo siguiente:

1.- El señor JAIRO MORALES SOLANO, laboró en la Rama Judicial del Poder Público, desde el 31 de octubre de 1983, y el último cargo fue en calidad de Juez Primero Promiscuo de Familia del Circuito de Arauca. (Folio 20, cuaderno principal)

2.- Anteriormente había laborado en el sector público, en diferentes cargos, incluso desde el año 1976, hasta la vinculación a la Rama Judicial, siendo el último como servidor público en el Departamento del Guaviare. (Folio 38, Resolución UGM 020692 DEL 19 de diciembre de 2011)

3.- De acuerdo al Registro Civil de Nacimiento, el citado señor nació el 12 de julio de 1950 en la ciudad de Tame (Folio 19), por lo tanto se tiene:

- a. Que cuando entró a regir la Ley 100 de 1993, es decir, el 1 de abril de 1994, había cumplido 43 años, 9 meses.
- b. Que a la fecha de cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, esto es, a partir del 1 de junio de 2011, tenía 61 años, sin contar los 65 a la fecha del retiro forzoso.

4.- De conformidad con los anteriores hechos a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en abril de 1994, el actor tenía 43 años y 9 meses de edad, y había servido al sector público por más de quince años.

5.- Por los documentos aportados, los últimos once años se desempeñó como funcionario de la Rama Judicial, es decir, al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y cuando cumplió con los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez.

Parte normativa

La Ley 100 de 1993 creó el Sistema Integral de Seguridad Social y en tratándose de la pensión de vejez indicó en el artículo 36:

“ARTICULO 36: REGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

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 la norma se deduce, que en primer término obliga la aplicación de la Ley 100 de 1993, y deja en excepción otros regímenes siempre que se cumplan unos requisitos puntuales (edad, tiempo de servicios, básicamente).

De otro lado, antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, estaba en vigencia el régimen general dispuesto en la Ley 33 de 1985, el cual también previó en su artículo 1 la posibilidad de tener en cuenta los regímenes especiales.

En conclusión, si la persona cumple con los requisitos para hacerse acreedor a la excepción del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se debe aplicar la Ley 33 de 1985, en tanto le sea más favorable, y si existe otro régimen aún mejor en el derecho pensional, será éste el que debe tenerse en cuenta.

De otro lado, los funcionarios de la Rama Judicial (jueces y magistrados por sobre todo), están amparados de un régimen especial, dispuesto en el Decreto 546 de 1971, en el que en el artículo 6 dice:

“ARTICULO 6: Los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho al llegar a los 55 años de edad, si son hombres, y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente de la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas”

Como se pudo establecer en los documentos allegados en la demanda, el señor JAIRO MORALES SOLANO, se desempeñó por más de diez años, en calidad de Juez Primero Promiscuo de Familia del Circuito Judicial de Arauca, esto es, funcionario en propiedad de la Rama Judicial, situación que la cumplió con suficiencia al momento de adquirir los requisitos para ser acreedor de la pensión de vejez, e incluso con mayor razón a la edad de retiro forzoso.

El acto administrativo acusado

Se trata de la Resolución número RDP 027099, de fecha 25 de julio de 2016, expedida por la Subdirectora de Determinación de Derechos Pensionales de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social.

En este acto administrativo, para descartar, que el actor no es beneficiario del régimen especial, sino de otras normas, en los considerandos dijo:

“Bajo el supuesto de que se logre establecer que el accionante cumplió los 15 años de servicio al 1 de abril de 1994, es decir, que recuperó el régimen de transición, tendrá como fecha de status el 12 de julio de 2005, momento en que cumplió los 55 años de edad, sea por la Ley 33 de 1985 o Decreto 546 de 1971, como quiere que los veinte años de servicio, ya los habría reunido, para esta época.

En este orden de ideas, se puede colegir que si el señor Jairo Alindo Morales Solano, cumplió los requisitos para la pensión el 12 de julio de 2005, entonces le corresponderá a la UGPP, en calidad de sucesora de la función pensional de CAJANAL EICE, reconocer la pensión"

Que no recupere el Régimen de Transición, consecuencia que resulta de no lograr acreditar los 15 años de servicio cotizados antes del 1 de abril de 1944, evento en el cual los requisitos para la pensión los cumpliría al 12 de julio de 2010, a la edad de 60 años (...)"

La Resolución acusada surge del fallo de tutela expedido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca el que ordenó en su ARTICULO SUGUNDO:

"ORDENAR, en consecuencia a la UGPP, reabrir el expediente pensional del señor JAIRO ALINDO MORALES SOLANO y resolver dentro del término improrrogable de 15 días hábiles, contados a partir de la notificación de este proveído, de fondo la solicitud de reconocimiento pago de pensión ante CAJANAL elevada el 16 de noviembre de 2005, teniendo en cuenta todas las circunstancias, en especial la de haber sido beneficiado del régimen de transición y haber hecho uso de la prerrogativa de regresar al Régimen de Prima Media con prestación definida en el año 2001, época a partir de la cual siguiendo sus aportes a CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN hasta el momento en que por ley, empezaron a hacerse al ISS, hoy Colpensiones"

Al final no aplica el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto reconoce la pensión de vejez con base en las normas generales, pues así lo dice la Resolución al liquidar para efectos de la pensión los últimos diez años de servicios prestados y las cuotas partes que según la Ley 33 de 1985 le corresponden a los departamentos en los cuales laboró.

Conclusión

El reconocimiento, liquidación y pago que se ordenó en la Resolución, objeto de la medida cautelar, se hizo bajo los parámetros de la Ley 33 de 1.985, cuando a la luz de los requisitos cumplidos debió hacerse por los parámetros del Decreto 546 de 1971, siendo claro el desconocimiento, al confrontar el acto administrativo y las normas en que se fundó con las que descartó y la prueba obrante en el proceso.

La medida cautelar en concreto y el daño irremediable

Está suficientemente probada la difícil situación de salud que actualmente padece el señor MORALES SOLANO, y no solo por las enfermedades irreversibles que soporta, cuya prueba es abundante, sino la situación económica crítica, por ser deudor de varias obligaciones bancarias y las personas a cargo que tiene, incluyendo su señora esposa, igualmente enferma.

Se ha visto afectada su calidad de vida, pues, la pensión no tiene equivalencia con lo que devengaba cuando se desempeñaba como juez de la República, y ante todo, al tomar una cifra promedio base alejada de los cánones de la norma que más le beneficia, suma que con descuentos es mínima a la necesaria para vivir dignamente y asumir los costos adicionales al tratamiento de sus diversas patologías.

El Consejo de Estado en auto de fecha 22 de agosto de 2017, en el expediente 2013-00543-01, Consejero Ponente GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ, afirmo respecto a las medidas cautelares que son instrumentos jurídico – procesales previstos en el ordenamiento jurídico para proteger y garantizar, de forma temporal, el objeto del proceso y la efectividad de la eventual sentencia favorable a las pretensiones de la demanda, sin que el mismo, tal como lo dispone expresamente la ley, implique un prejuzgamiento del asunto a decidir de fondo.

De las normas del CPACA se tiene que se puede adoptar cualquier clase de medida que garantice el objeto del proceso (preventivas, conservativas, anticipativas y/o de suspensión).

En relación con las medidas cautelares de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, dice el artículo 231 del CPACA:

“(...) Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en asunto separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos”

En el caso concreto, es imperativo decretar la medida cautelar, tanto de suspensión de los efectos del acto administrativo, como las adicionales, por la avanzada edad del actor, y, a sabiendas que sus condiciones precarias de salud requiere de determinados tratamientos que implican la erogación de muchos costos respecto de los cuales es imposible incurrir, pues, además de las enfermedades que lo aquejan, debe sostener a su esposa, igualmente enferma.

De esta manera, no decretar la medida cautelar puede producir la vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida digna del demandante, y por consiguiente, la causación de un perjuicio irremediable para el mismo, tal como la disminución y/o merma de las condiciones de salud y vida. Por lo tanto a la suspensión de pago de la pensión debe surgir la nueva prestación económica de manera transitoria.

A lo anterior habría que agregar que dada la edad del actor, al cual se suma el problema cardíaco que sufrió, y aún más en relación con las enfermedades que padece, el no reconocimiento transitorio de su pensión como funcionario judicial y beneficiario del artículo transitorio de la Ley 100 de 2993, además

del tiempo que tardaría la resolución de fondo de su caso, habida cuenta de las dos instancias, los efectos de la eventual sentencia favorable serían nugatorios.

Tampoco se puede deducir que existe con la medida detrimento fiscal o afectación a la disponibilidad fiscal, por la sencilla razón que en materia de pensiones de vejez, el actor cotizó toda su vida laboral y lo que espera es una remuneración acorde con todos sus aportes.

Sobre el perjuicio irremediable en los casos de personas con alto grado de vulnerabilidad por su edad y las enfermedades y otros males del organismo crónicos, (como es la diabetes y las consecuencias que sufre el actor sobre otros órganos, y el pre infarto acaecido, entre otros), la Corte Constitucional al conceder amparos de tutela, dijo:

“En este orden, en lo que al perjuicio irremediable se refiere, la Sala reitera que algunos grupos con características particulares, como los niños, los ancianos, las personas discapacitadas o las mujeres cabeza de familia entre otros, pueden llegar a sufrir daños o amenazas que, aun cuando para la generalidad de la sociedad no representan un perjuicio irremediable, si lo representan para ellos, en virtud de las especiales circunstancias de debilidad o vulnerabilidad en que se encuentran” (T-043 de 2015)

Luego, entonces, el reconocimiento y pago de la pensión se hace a partir del perjuicio irremediable, que en este caso está debidamente probado con la documental aportada.

En conclusión, se presume el perjuicio en una persona de la tercera edad, con padecimiento de enfermedades incurables, y por el hecho de que la eventual sentencia en las condiciones de términos de fallo definitivo, en las dos instancias, se vuelva nugatoria.

En consecuencia, este despacho encuentra mérito para decretar la medida cautelar deprecada, en el entendido de suspender los efectos del acto administrativo demandado, y en consecuencia, ordenar a la parte demandada reconocer, liquidar y pagar de forma transitoria la pensión de vejez a favor del señor JAIRO ALINDO MORALES SOLANO, en cuantía equivalente al 75% del salario mayor del último año de servicio como JUEZ PRIMERO PROMISCOUO DE FAMILIA DEL CIRCUITO JUDICIAL DE ARAUCA, a partir de la fecha de notificación de esta providencia, hasta el momento en el que el juez natural de la causa (medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho) resuelva de fondo el asunto de la referencia, en segunda instancia.

La medida también comprende el pago del retroactivo desde la fecha en que se hizo exigible la pensión de vejez por el cumplimiento de los requisitos legales y en caso de haberse pagado suma menor se debe liquidar y pagar el excedente.

No se decreta caución porque la norma no lo dispuso para los eventos de suspensión de los efectos del acto administrativo demandado.

I. DECISION

En mérito de lo anterior, la Sala Unitaria del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA,

RESUELVE

PRIMERO: **DECRETAR** la medida cautelar de **SUSPENSION** provisional de los efectos de la Resolución número RDP 027099 del 25 de julio de 2016, por medio de la cual se reconoce y ordena pagar una pensión mensual vitalicia de vejez a favor del señor JAIRO ALINDO MORALES SOLANO, proferida por el Subdirector de Determinación de Derechos Pensionales de la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales, UGPP.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior medida cautelar, **ORDENAR** a la parte demandada, reconocer, liquidar y pagar de forma transitoria la pensión de vejez a favor del señor JAIRO ALINDO MORALES SOLANO, en cuantía equivalente al 75% de la asignación más elevada que hubiere devengado el último año de servicio como JUEZ PRIMERO PROMISCOUO DE FAMILIA DEL CIRCUITO JUDICIAL DE ARAUCA, incluyendo todos los factores salariales, conforme lo señala el régimen excepcional para los empleados de la RAMA JUDICIAL dispuesto en el artículo 6 del Decreto 546 de 1971, en concordancia con el artículo 12 del Decreto 717 de 1978 y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, a partir de la fecha de notificación de esta providencia hasta tanto se profiera sentencia definitiva en el presente asunto.

La anterior medida comprende también el pago de las sumas retroactivas desde la fecha en que se hizo exigible la pensión de vejez por el cumplimiento de los requisitos legales y en caso de haberse pagado cifra menor se debe liquidar y pagar el excedente. Para lo cual deberá tenerse en cuenta la fecha del retiro forzoso, acaecida el 13 de enero de 2016 y la fecha de reconocimiento de la pensión, cuyo acto administrativo se suspende.

TERCERO: **ADVERTIR** la prohibición de reproducir el acto administrativo suspendido, so pena de adoptar las sanciones y determinaciones legales e igualmente el cumplimiento inmediato de las medidas cautelares aquí decretadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS
Magistrado