



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

-SALA DE DECISIÓN 001 -

SENTENCIA No. 148

Popayán, treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

Magistrado Ponente: Carlos Leonel Buitrago Chávez
Radicación: 19001-33-31-001-2016-00001-01
Demandante: Amparo Hoyos Moncada
Demandado: UGPP
Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 11 de septiembre de 2018, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Popayán, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA, la fundamenta la parte actora así:

1.1. PRETENSIONES (fl. 35 c. ppal.)

Solicitó se declare la nulidad parcial de las resoluciones del 23 de febrero de 2009 y del 24 de noviembre de 2010, mediante las cuales se dispuso el reconocimiento de la pensión a su favor, y la nulidad total de las resoluciones emitidas el 8 de julio de 2011, 9 de julio de 2013 y 26 de agosto de 2013, por las cuales se resolvieron negativamente la petición de reliquidación y la apelación interpuesta contra dicha decisión, elevadas para obtener la inclusión de todos los factores devengados durante el último año de servicios.

Y, a modo de restablecimiento, requirió el reajuste de la prestación con la inclusión de todos los factores devengados durante el último año y el pago de las diferencias causadas desde el reconocimiento de la misma, igualmente indexadas.

1.2. Como HECHOS, se alegaron los siguientes: (fl. 37 c. ppal.)

Que nació el 24 de diciembre de 1952 y laboró para la Dirección Departamental de Salud del Cauca desde el 16 de julio de 1983 hasta el 31 de septiembre de 2009, por más de 26 años, en virtud de lo cual cumplió requisitos para acceder a

la pensión, por lo que solicitó el reconocimiento de la prestación, a la que CAJANAL accedió mediante Resolución del 23 de febrero de 2009, sin embargo, a pesar de que era beneficiaria del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Que en el año 2010, solicitó la reliquidación de la prestación ante la UGPP, frente a la que obtuvo respuesta mediante Resolución del 24 de noviembre de ese año, y aunque incluyó nuevos tiempos, persistió en el yerro de no incluir todos los factores devengados.

Que insistió en la petición de reliquidación el 4 de marzo y 12 de diciembre de 2011, las cuales fueron resueltas negativamente, con sus respectivos recursos, mediante las resoluciones del 8 de julio de 2011, 9 de julio de 2013 y 26 de agosto de 2013

1.3. ARGUMENTOS JURÍDICOS DE LA DEMANDA (fl. 38 c. ppal.)

Que la autoridad accionada desconoció los derechos que le asisten, al no incluir en la liquidación de la mesada pensional la totalidad de los factores devengados durante el último año, derechos que, incluso, son irrenunciables, por tener la categoría de adquiridos.

Que la normativa establece su derecho a la liquidación de su pensión, con el 75% de la totalidad de los factores devengados durante el último año, sin exclusión de alguno, de manera que no existía justificación legal para que no se le ingresaran en el salario base a tener en cuenta para el efecto.

2. LA CONTESTACIÓN

2.1 DE LA UGPP (fl. 68 c. ppal.)

Que es cierto que se reconoció pensión de jubilación a favor del actor, aclarando que los actos emitidos frente a dicha prestación se expidieron con respeto de las normas que le resultaban aplicables, toda vez que la Ley 100 de 1993 se encontraba vigente para la época en que adquirió el estatus jurídico, de ahí que se acudiera al Decreto 1158 de 1994, para establecer el salario base de liquidación.

Que de acuerdo a la interpretación efectuada por la Corte Constitucional en la Sentencia C 258-2013, el régimen de transición no opera respecto del ingreso base de liquidación, precedente que resulta obligatorio y que obliga a apartarse de la obligatoriedad de la Jurisprudencia Constitucional.

Con base en tales argumentos se propusieron como excepciones de fondo i) *“Inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido”*, ii) *“ausencia de vicios en los actos administrativos demandados”*, y iii) *“prescripción”*.

Adicionalmente, llamó en garantía al Departamento del Cauca.

2.2 DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA (llamado en garantía) (fl. 137 c. ppal.)

Que durante el tiempo de la vinculación laboral de la actora pagó los aportes respectivos en ese entonces a CAJANAL, los cuales efectuó conforme los lineamientos legales y jurisprudenciales de la época, sin que se efectuara reclamación o cobro alguno por la caja previsorora.

Que en la eventualidad de que se acceda a las pretensiones de la demanda, la entidad previsorora cuenta con los mecanismos para obtener el pago de lo debido, de manera que no le asiste legitimación para obrar como llamado en el presente proceso.

Así, propuso las excepciones de i) *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, ii) *“inexistencia de la obligación”*, iii) *“prescripción y caducidad de pago de mesadas”* y la iv) *“la innominada o genérica”*.

3. SENTENCIA APELADA (fl. 175 c. ppal.)

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Popayán resolvió:

PRIMERO.- DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de la Resolución 08039 del 23 de febrero de 2009 expedida por la Caja Nacional de Previsión Social, en cuanto atañe a la liquidación de la pensión de jubilación sin incluir la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios de la demandante.

SEGUNDO.- DECLARAR la NULIDAD de las RESOLUCIONES PAP 027297 del 24 de noviembre de 2010, UGM 000641 del 8 de julio de 2011, expedidas por la Caja Nacional de Previsión Social, RDP 030066 del 9 de julio de 2013 y RDP 039161 del 26 de agosto de 2013, expedidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP.

SEGUNDO.- ORDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y DE CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL -UGPP-, que re-liquide la pensión de jubilación de la señora AMPARO HOYOS MONCADA, en cuantía equivalente al 75% del promedio de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, a saber asignación básica, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones.

La entidad demandada podrá realizar los descuentos correspondientes y necesarios generados por los factores salariales sobre los cuales no se haya efectuado los respectivos aportes, en el porcentaje que le correspondería asumir al demandante.

TERCERO.- Las sumas que se paguen a favor del demandante deben actualizarse como se indicó en la parte considerativa de esta providencia.

Se declaran prescritas las mesadas causadas antes del 18 de diciembre de 2012.

CUARTO.- No se condena en costas.

(...)"

En sustento de su decisión expuso que a la actora le era aplicable el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, que por tanto, su situación se debía ajustar a las previsiones de la Ley 33 de 1985.

Que teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial, la liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante, debe efectuarse en cuantía del 75%, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Que la entidad debía hacer el descuento de los respectivos aportes sobre los cuales no se haya realizado la efectiva deducción legal, manifestando que operó prescripción frente a las mesadas previas al 18 de diciembre de 2012, teniendo en cuenta la fecha de presentación de la demanda.

4. LA APELACIÓN (fl. 180 c. ppal.)

La accionada interpuso recurso de apelación, expresando que al demandante no se le debe efectuar el reajuste de la pensión, en tanto que, las estrictas previsiones de las leyes 33 de 1985 y 100 de 1993, establecen que el régimen de transición aplica para la edad, tiempo de servicios y monto, pero no para la base de liquidación, pues, esta última se debe establecer conforme lo ordena el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual resulta aplicable porque el derecho a la pensión se consolidó en su vigencia, de manera que la prestación únicamente se puede reconocer con los factores que fueron objeto de cotización, y no con otros, aspecto que fue ratificado por la sentencia de unificación emitida el 28 de agosto de 2018 por el Consejo de Estado.

Que mediante sentencia SU 230 del 29 de abril de 2015, la Corte Constitucional aclaró que había lugar a aplicar su precedente por encima del de las otras Altas Cortes, de manera que es necesario resolver el asunto con consideración conforme a su criterio, que establece que el salario base de liquidación es el señalado en el Decreto 1158 de 1994.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta oportunidad solo intervino la parte actora, a fin de reiterar los argumentos expuestos en la primera instancia (fl. 16 c. apel.).

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO. (fl. 22 c. ppal.)

La Procuraduría 40 Judicial II para Asuntos Administrativos intervino a fin de solicitar se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda, para lo cual arguyó que de acuerdo a la posición de unificación sentada por el Consejo de Estado en fallo del 28 de agosto de 2018, se tenía que el régimen de transición solo operaba para los requisitos de edad y tiempo de servicios, pero que el ingreso base de liquidación debía establecerse conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, sobre el promedio de factores efectivamente cotizados durante los últimos 10 años.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra las sentencias de primera instancia dictadas por los Juzgados Administrativos del Circuito de Popayán, de conformidad con lo establecido en el artículo 153 del CPACA.

2. CADUCIDAD

Como quedó visto, en la presente acción se reclama la nulidad parcial de los actos administrativos que dispusieron el reconocimiento de una pensión de jubilación, sin la inclusión de todos los factores salariales durante el último año de servicios.

Por ello, dado que el asunto versa sobre una prestación periódica, no resulta aplicable el fenómeno de caducidad en virtud de previsto en el artículo 164, numeral 1, literal “c” del CPACA.

3. ASPECTOS PREVIOS

El Consejo de Estado ha reiterado que la competencia del Ad quem se encuentra estrictamente limitada a los argumentos que exponen las partes en el respectivo recurso de apelación; de suyo que no puede abarcarse un estudio completo o

total del proceso, sino circunscribir su análisis a desatar los planteamientos señalados en la alzada.¹

Ello se armoniza con lo dispuesto en los artículos 320² y 328³ del Código General del Proceso, según los cuales el juez de segunda instancia debe limitarse a resolver sobre los cargos de la alzada.

4. PROBLEMA JURÍDICO

Atendiendo al argumento de apelación, corresponde a la Sala determinar si la pensión que le fue reconocida a la parte actora se debe reajustar con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, o si, por el contrario, ello no es viable de conformidad con las normas y jurisprudencia aplicables a la prestación.

5. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL APLICABLE AL RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dispone:

“ARTICULO 36 -. Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta años 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 sin son mujeres o cuarenta (40) o más años

¹ Criterio adoptado por la Sala Plena de la Sección Tercera en providencia de 9 de febrero de 2012, expediente 21.060, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Así mismo reiterado, entre otras, por la Sección Tercera- Subsección C, consejero ponente: Enrique Gil Botero, sentencias de 11 de julio de 2013, Radicación número: 19001-23-31-000-2001-00757-01(31252) y Radicación número: 05001-23-31-000-1995-01939-01 (30.424), entre otras. Recientemente, ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de febrero de 2017, radicado n° 73001-23-33-000-2013-00027-02 (1511-2014), C.P. Dr. William Hernández Gómez.

² ARTÍCULO 320. FINES DE LA APELACIÓN. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia: respecto del coadyuvante se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 71.

³ “ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. [...]»

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia (...).”

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.

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 los 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. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.”

Conforme a la norma transcrita, a quienes para el 1º de abril de 1994 o el 30 de junio de 1995, fechas de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para los servidores del orden nacional y territorial, respectivamente, tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará el régimen anterior al cual se hallaban afiliados.

Ahora, al respecto, el precedente jurisprudencial había indicado que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, contenía una contradicción en lo que tiene que ver con la forma en que se debe establecer el monto de la pensión, ya que si bien el inciso 2º estableció que para las personas cobijadas con el régimen de transición el monto de la pensión debe determinarse según lo previsto en las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, en el inciso tercero se hacen previsiones en torno al ingreso base de la liquidación de la pensión.

Frente a ello, la jurisprudencia del Consejo de Estado, aun contraviniendo la posición que mantenían al respecto la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia⁴, señaló en varias posiciones que, si una persona cumplía con los requisitos de la transición establecida en el artículo 36 régimen de transición, este debía aplicarse íntegramente, criterio que se elevó a posición unificada con la sentencia emitida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 04 de agosto de 2010⁵, que ciertamente fue reiterada los también fallos de unificación del 12 de setiembre de 2014⁶ y del 25 de febrero de 2016⁷.

⁴ Ver, entre otras, las sentencias C-258/13 y SU-230-15.

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación número: 25000-23-42-000-2013-00632-01 (1434-2014)

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, radicación número: 25000-23-42-000-2013-01541-01.

Sin embargo, en reciente sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado⁸, del 28 de agosto de 2018, se rectificó la posición que se venía manejando sobre la materia, fijando como nuevas reglas que:

“1. 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.”

(...)

3. 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.

En sustento de ello, se expuso que debía entenderse que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, *“contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen 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. La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que están consagrados para el Sistema General de Pensiones, indudablemente, le son más favorables”*.

Por ello, con base en el nuevo criterio de unificación proferido por el Consejo de Estado, el cual es de obligatorio cumplimiento, este Tribunal modificó la posición que venía aplicando a casos similares⁹.

9.5. CASO CONCRETO.

De las pruebas documentales aportadas al expediente, en especial de la Resolución del 23 de febrero de 2009 (fl. 8 c. ppal.), por medio de la cual CAJANAL reconoció la pensión de jubilación a la actora, se encuentra demostrado que esta nació el 24 de diciembre de 1952 y que prestó sus servicios

⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de dos mil dieciocho (2018), Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01, Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho, Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro, Demandado: Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. En Liquidación.

⁹ En la sentencia del 13 de diciembre de 2018, radicado: 19001-33-33-007-2014-00420-01, actora: Rubiela Arcos Campo, que tuvo como magistrado ponente al de la presente providencia, se detallaron las razones por las que se dio el cambio de posición sobre el tema.

para la Dirección Departamental de Salud entre el 16 de julio de 1983 y el 30 de marzo de 2008.

Igualmente, se encuentra que el ente reconoció que aquella era beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aclarando que el cálculo de su prestación se efectuaría conforme el tiempo de servicio, edad y monto contemplado en la Ley 33 de 1985, esto es, 20 años de servicio al Estado, 55 años de edad para hombres y mujeres; con un monto del 75% del ingreso base de liquidación, por lo que se aplicó lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, incluyendo los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

Luego, aparece demostrado que el actor es beneficiario del régimen de transición previsto en la norma citada, lo que significa que para el reconocimiento de su pensión, se aplican las reglas previstas en la Ley 33 de 1985, en cuanto a la edad -55 años- y tiempo de servicios -20 años-, sin que dicho régimen sea objeto de discusión entre las partes.

No obstante, en los términos unificados por el Consejo de Estado, aun cuando se admite que la prestación objeto de demanda se deba reconocer bajo el régimen anterior, es claro que el ingreso base de liquidación corresponde, para el caso concreto, al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales se hubiera cotizado 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, conforme con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicable por remisión del artículo 36 ibídem.

Por tanto, no se puede ordenar la reliquidación de la pensión solicitada con base en la totalidad de los factores que devengó durante el último año de servicios, como se pide en la demanda, de modo que se debe revocar la sentencia que así lo decretó y, en su lugar, disponer la negatoria de las pretensiones.

7. CONDENA EN COSTAS

El artículo 188 del CPACA, dispone: *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. Mientras 365 del Código General del Proceso, señala: *“En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...) 4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias. (...)”*.

Pese a que se cumple con las previsiones del artículo en mención, en el *sub iudice*, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, ya que sus pretensiones se fundamentaban en la tesis de unificación que anteriormente

sostenía el Consejo de Estado, pero que debieron negarse por el reciente cambio en la posición de ese Alto Tribunal.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cauca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

REVOCAR la sentencia dictada el 11 de septiembre de 2018, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Popayán y, en su lugar, disponer:

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: REMITIR el expediente al Juzgado de origen, para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia. El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

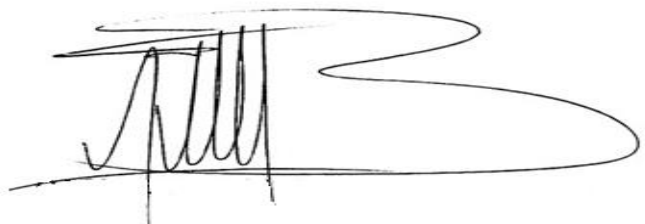
Los Magistrados,



CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO



NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ



CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ