El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, lunes 10 de junio de 2019.

Radicación No: 66001-31-05-005-2016-00648-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Luis Gonzaga Cardona García

Demandado: Departamento de Risaralda

Vinculados: UGPP, Fiduagraria S.A. y Ministerio de Salud y Protección Social.

Juzgado de origen: Quinto Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**TEMAS: PENSIÓN DE JUBILACIÓN / CON ORIGEN EN CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO / RELIQUIDACIÓN / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN / COBIJA EDAD, TIEMPO DE SERVICIOS O SEMANAS COTIZADAS Y MONTO DE LA PENSIÓN / PERO ESTO ÚLTIMO SOLO EN CUANTO A LA TASA DE REEMPLAZO / NO ABARCA LOS FACTORES LLAMADOS A CONSTITUIR EL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN.**

Para dar solución al dilema jurídico, es necesario rememorar que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se unificó el sistema de seguridad social en pensiones en una sola normatividad, contrario a lo que pasaba con anterioridad que había multiplicidad de regímenes pensionales. Sin embargo, ante esa realidad antecedente, el legislador tuvo a bien establecer un mecanismo protector de aquellas personas que en esos regímenes anteriores tenían expectativas legítimas. Tal mecanismo no fue otro que el denominado régimen de transición contenido en el artículo 36 de la obra legal referida. El mismo amparó a determinados grupos de personas (hombres que tuvieran 40 años o más, mujeres que contaren con 35 o más años y hombres y mujeres que hubieren cotizado o servido por 15 años o más), manteniéndoles tres aspectos que el sistema anterior establecía: i) edad; ii) tiempo de servicios o semanas cotizadas y iii) monto de la pensión.

Respecto al último aspecto –monto de la pensión-, es necesario indicar que ha sido pacifica la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ y de este Tribunal, en el que tal concepto alude lo atinente a la tasa de reemplazo, mas no a la base de liquidación o a los factores constitutivos del mismo. (…)

En cuanto a los factores salariales que deben tomarse en cuenta, en el caso del sector público, para efectos de liquidar una prestación pensional, es del caso indicar que si el origen de la prestación es de carácter convencional, como la del caso presente, por regla general deberá ser el mismo texto consensual el que indique qué factores son los que se deben de tener en cuenta para efectos de liquidar la prestación y de no estar indicados en tal documento, es posible acudir a la norma legal para fijarlos. Ello impone a esta Colegiatura analizar cuál es la normatividad que determina, en el sector público, cuales son los factores salariales a tener en cuenta.

… la… jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia… ha sido clara y reiterativa en que los factores a tomar como referencia, son los indicados en el Decreto 1158 de 1994, art. 1º, ello atendiendo lo normado en el canon 18 de la Ley 100 de 1993, inciso 3º que remite a la Ley 4 de 1992 para efectos de establecer el SMBC, siendo regulado este aspecto por el Decreto arriba indicado. (…)

De lo dicho hasta ahora, es posible concluir que el carácter de beneficiario del régimen de transición, no permite que se acuda a normas anteriores para efectos de establecer el IBL o los factores salariales a tener en cuenta, pues tales aspectos se encuentran por fuera de las expectativas legitimas amparadas con el mecanismo mencionado, del cual hace únicamente parte el concepto de tasa de reemplazo. Por lo tanto, tales aspectos en el caso de trabajadores del sector público, se encuentran regulados por la Ley 100 de 1993 y demás normas que regulan el tema, como lo es el Decreto 1158 de 1994.

Lo anterior, permite colegir que en el caso concreto, la decisión de la a-quo es acertada, puesto que las pretensiones de la demanda y el argumento de la apelación, es la aplicación de una norma diferente a las enunciadas, puntualmente el Decreto 1045 de 1978, tanto en el tema de los factores salariales a tener en cuenta, como la base para efectuar la liquidación, norma que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994 perdió vigencia y aplicación y, como se acaba de explicar, no tiene efectos ultra activos en virtud del régimen transicional.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

****

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

En Pereira, a los diez (10) días del mes de junio de dos mil diecinueve (2019), siendo las nueve y treinta de la mañana (09:30 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara formalmente abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación propuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 15 de agosto de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Luis Gonzaga Cardona García*** contra el ***Departamento de Risaralda****,* al cual se vinculó a la ***UGPP, la Fiduagraria S.A. y el Ministerio de Salud y Protección Social.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

1. ***INTRODUCCIÓN***

Pretende el demandante que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la reliquidación de su pensión de vejez por parte del ente demandado, teniendo en cuenta los factores contenidos en el Decreto 1045 de 1978 y teniendo en cuenta lo devengado en el último año de servicios y, en consecuencia, pide que se condene a la reliquidación a partir del 17 de febrero de 2003, con el correspondiente retroactivo, los intereses moratorios correspondientes y las costas del proceso.

Se sustentan dichos pedidos en que el actor nació el 12 de octubre de 1948, que laboró en la Gobernación de Risaralda a partir del 02 de marzo de 1971 como trabajador oficial, que trabajó hasta el 16 de febrero de 2003, que al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 45 años de edad y más de 22 años de servicios, que por medio de Resolución 00295 del 31 de marzo de 2003 se le reconoció pensión por valor de $1.006.327, que el salario base para la liquidación fue de $1.143.553,53, al que se le aplicó una tasa de reemplazo del 88%, que para establecer la base de liquidación no se tuvieron en cuenta los factores salariales contenidos en el Decreto 1045 de 1978, que al sumar todos los factores pagados al demandante en el último año la base salarial correspondería a $1.478.822 y la pensión sería de $1.301.064, que el 07 de marzo de 2016 se radicó solicitud de reliquidación de la prestación, que tal pedido fue negado por la entidad, indicando que la norma aplicable era el Decreto 1158 de 1994 y la convención colectiva vigente y que el Decreto 1045 de 1978 resulta ser más favorable.

Admitida la demanda, el Departamento por medio de profesional del derecho allegó respuesta en la que se pronunció respecto a los hechos de la demanda, aceptando la fecha de nacimiento, los extremos de la relación laboral con el Departamento, el reconocimiento de la prestación pensional, su base de liquidación, la solicitud de reliquidación pensional y la negativa de la entidad. Frente a los restantes los niega o estima que son apreciaciones subjetivas. Se opone a las pretensiones de la demanda y excepciona de fondo “Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”, “No aportar las pruebas correspondientes” y “Prescripción”.

Posteriormente se dio la vinculación de las entidades enunciadas en el encabezado de esta providencia, obteniéndose respuesta de ellas en el siguiente tenor:

- La UGPP, por medio de procuradora judicial, allegó respuesta pronunciándose frente a los hechos, aceptando la fecha de nacimiento del actor, los extremos de la vinculación laboral con el Departamento de Risaralda y la calidad de beneficiario del régimen de transición del actor. Respecto a los restantes indica que no le constan. Se opone a las pretensiones de la demanda y excepcionó “Falta de legitimación por pasiva”, “Inexistencia de la obligación por parte de la UGPP” y “Prescripción trienal”.

- La sociedad Fiduagraria S.A., en calidad de vocero de Patrimonio Autónomo de Remanentes de Cajanal –cuotas partes pensionales-, allegó respuesta por medio de abogado, en el que se acepta la fecha de nacimiento, el tiempo servido en el Departamento de Risaralda y el reconocimiento de su prestación pensional. Frente a los restantes indica que no le constan. Se opone a los pedidos de la demanda y excepciona de fondo “Falta de legitimación para acudir como vinculados”, “Buena fe en la contratación y durante la ejecución contractual”, “Ausencia de calidad de obligado”, “Prescripción extintiva” y “Compensación”.

- Finalmente el Ministerio de Salud y Protección Social, por medio de abogado, se pronunció respecto a la demanda, indicando que no le consta ninguno de los hechos demandados, se opuso a los pedidos de la demanda y propuso como medios exceptivos de fondo los de “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Inexistencia de la relación jurídica sustancial”, “Falta de deber jurídico del Ministerio de Salud para pronunciarse respecto de derechos pensionales” y “Prescripción extintiva”.

1. ***SENTENCIA DEL JUZGADO***

Agotado el debate probatorio y oídas las alegaciones finales de la parte, la falladora a quo emitió sentencia que puso fin a la primera instancia, negando las pretensiones de la demanda, al encontrar que la pensión reconocida al actor es de origen convencional y como en el presente caso no se tiene noticia en el proceso de los factores señalados en dicho acuerdo, es necesario acudir a la normatividad aplicable, que es el Decreto 1158 de 1994, no el Decreto 1045 de 1978, pues esa norma perdió vigencia con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, pues la misma no fue objeto de transición, conclusión que apoyó además en jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral.

***III. APELACIÓN***

La apoderada de la parte actora indicó su desacuerdo con la decisión inicial, dado que no era su deber aportar la convención colectiva de trabajo, pues sus pretensiones se basan en el Decreto 1045 de 1978.

***Del problema jurídico.***

El debate planteado en este asunto impone a la Sala dar respuesta al siguiente interrogante:

*¿Es posible reliquidar la pensión del demandante con aplicación del Decreto 1045 de 1978?*

***Alegatos en esta instancia***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, de respuesta al problema jurídico planteado, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, para que presenten sus alegatos de conclusión.

Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir de fondo, previa las siguientes:

**IV. CONSIDERACIONES:**

***Desenvolvimiento de la problemática planteada.***

Para dar solución al dilema jurídico, es necesario rememorar que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se unificó el sistema de seguridad social en pensiones en una sola normatividad, contrario a lo que pasaba con anterioridad que había multiplicidad de regímenes pensionales. Sin embargo, ante esa realidad antecedente, el legislador tuvo a bien establecer un mecanismo protector de aquellas personas que en esos regímenes anteriores tenían expectativas legítimas. Tal mecanismo no fue otro que el denominado régimen de transición contenido en el artículo 36 de la obra legal referida. El mismo amparó a determinados grupos de personas (hombres que tuvieran 40 años o más, mujeres que contaren con 35 o más años y hombres y mujeres que hubieren cotizado o servido por 15 años o más), manteniéndoles tres aspectos que el sistema anterior establecía: i) edad; ii) tiempo de servicios o semanas cotizadas y iii) monto de la pensión.

Respecto al último aspecto –monto de la pensión-, es necesario indicar que ha sido pacifica la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ y de este Tribunal, en el que tal concepto alude lo atinente a la tasa de reemplazo, mas no a la base de liquidación o a los factores constitutivos del mismo. Sobre la materia, vale la pena citar un pronunciamiento del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, que indicó:

*“En tales condiciones, cuando la L. 100/1993 Art. 36, refiere al “monto” de la pensión, como uno de los elementos que se conservan del sistema anterior por virtud del régimen de transición, se refiere al <porcentaje> del ingreso base de liquidación que antes se preveía, más no con el lapso temporal que se debe tomar para establecer el promedio de los ingresos salariales o base de cotización para liquidar la pensión y que viene a constituir el IBL, que para el caso de los beneficiarios de dicho régimen de transición, quedó regulado en el inciso 3° de la norma en comento.*

*De ahí que, en relación con el ingreso base de liquidación de una pensión causada en vigor de la L.100/1993, como lo es la otorgada a la demandante, no es dable hablar de un derecho adquirido en los precisos términos en que lo plantea el recurrente” (SL 503 de 2013, citada en SL 300 de 2019).*

Por ello –entonces- es evidente que el concepto de monto de la pensión, protegido como expectativa legitima a quienes se beneficien del régimen transicional, no permite traer de los regímenes pasados la forma de establecer la base de liquidación, sino que la misma está regida en el inciso tercero del canon 36 de la L. 100 de 1993 o el canon 21 de la misma obra legal, según sea el caso.

En cuanto a los factores salariales que deben tomarse en cuenta, en el caso del sector público, para efectos de liquidar una prestación pensional, es del caso indicar que si el origen de la prestación es de carácter convencional, como la del caso presente, por regla general deberá ser el mismo texto consensual el que indique qué factores son los que se deben de tener en cuenta para efectos de liquidar la prestación y de no estar indicados en tal documento, es posible acudir a la norma legal para fijarlos. Ello impone a esta Colegiatura analizar cuál es la normatividad que determina, en el sector público, cuales son los factores salariales a tener en cuenta.

Para ello, esta Sala se apoyará en la denodada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que ha sido clara y reiterativa en que los factores a tomar como referencia, son los indicados en el Decreto 1158 de 1994, art. 1º, ello atendiendo lo normado en el canon 18 de la Ley 100 de 1993, inciso 3º que remite a la Ley 4 de 1992 para efectos de establecer el SMBC, siendo regulado este aspecto por el Decreto arriba indicado. Para una mejor comprensión del aspecto, es pertinente citar uno de los múltiples pronunciamientos del órgano de cierre al respecto:

*“En punto a los ingresos que deben tenerse en cuenta para calcular el monto de la mesada de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición, hay que tomar los salarios devengados y reportados como base de cotización -artículo 28 del Decreto 748 de 1995- y los factores salariales previstos en el artículo 1.° Decreto 1158 de 1994 . En efecto, esta Corporación también de forma lineal y repetida, ha sostenido que los factores salariales a tener en cuenta para liquidar las pensiones de los servidores públicos que causaron sus prestaciones en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, son los consignados en el artículo 1.° Decreto 1158 de 1994, que modificó el artículo 6.° del Decreto 691 de 1994. Por ejemplo, en fallo CSJ SL, 26 feb. 2002, 17192, reiterado en CSJ SL, 29 may. 2012, 44206, CSJ SL1851-2014 y CSJ SL4870-2017, expuso:*

*´El artículo 36, inciso 3, de la Ley 100 de 1993, no define los elementos integrantes de la remuneración del afiliado sujeto al régimen de transición, que conforman el ingreso base para calcular el monto de las cotizaciones obligatorias al Sistema General de Pensiones, ni tampoco los que deben conformar el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, sino que establece los periodos de remuneración que deben tomarse en cuenta para determinar este ingreso.*

*Por consiguiente, para los referidos efectos resulta indispensable remitirse a lo que dispone el artículo 18 de la ley de seguridad social en cuanto define que el salario mensual base de cotización para los trabajadores particulares será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y que el salario mensual base de cotización para los servidores del sector público será el que se señale, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992. Y no debe perderse de vista lo que precisaron las normas reglamentarias al respecto para trabajadores particulares y para servidores públicos.*

*Surge entonces de lo expuesto que el juzgador de segundo grado no se equivocó al aplicar en este caso el artículo 1º del Decreto Reglamentario 1158 de 1994 que señala los factores que determinan el salario mensual de base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos, dado que esta disposición forma parte de dicho régimen y en ella no se hace exclusión de ninguna clase´” (Sentencia SL 3276 de 2018).*

De lo dicho hasta ahora, es posible concluir que el carácter de beneficiario del régimen de transición, no permite que se acuda a normas anteriores para efectos de establecer el IBL o los factores salariales a tener en cuenta, pues tales aspectos se encuentran por fuera de las expectativas legitimas amparadas con el mecanismo mencionado, del cual hace únicamente parte el concepto de tasa de reemplazo. Por lo tanto, tales aspectos en el caso de trabajadores del sector público, se encuentran regulados por la Ley 100 de 1993 y demás normas que regulan el tema, como lo es el Decreto 1158 de 1994.

Lo anterior, permite colegir que en el caso concreto, la decisión de la a-quo es acertada, puesto que las pretensiones de la demanda y el argumento de la apelación, es la aplicación de una norma diferente a las enunciadas, puntualmente el Decreto 1045 de 1978, tanto en el tema de los factores salariales a tener en cuenta, como la base para efectuar la liquidación, norma que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994 perdió vigencia y aplicación y, como se acaba de explicar, no tiene efectos ultra activos en virtud del régimen transicional. Y si bien la prestación de jubilación reconocida en la Resolución 000295 de la Gobernación de Risaralda –fls. 21 y ss.- tiene origen convencional, por lo que en principio era el texto convencional la primera fuente de tales aspectos, lo cierto del caso es que el debate se centra en la aplicabilidad o no del Decreto 1045 de 1978, pues el mismo ente territorial no acudió a dicho acuerdo convencional, sino que se afincó en el Decreto 1158 de 1994, que como se acaba de ver, es la norma que realmente regula el asunto.

Por lo tanto, se observa que la decisión de la Jueza a-quo es acertada y por lo mismo deberá confirmarse.

Las costas en esta instancia correrán por cuenta del apelante.

En mérito de lo expuesto, el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

***FALLA***

1. ***Confirmar la*** sentencia proferida el 15 de agosto de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.
2. ***Costas*** en esta instancia a cargo del apelante.

***NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.***

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCIA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Magistrada