



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

REF.: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE CARÁCTER LABORAL -APELACIÓN SENTENCIA

ACTOR: HIMERA ARAÚJO ARAÚJO

DEMANDADA: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP.

RADICACIÓN: 20-001-33-31-005-2016-00507-01

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida el día 26 de octubre de 2018, por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda.

### I. ANTECEDENTES PROCESALES

Pretensiones. La parte demandante solicita que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 14382 del 11 de marzo de 1993, proferida por la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL, hoy UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL - UGPP, por medio de la cual se reconoció una pensión vitalicia de jubilación a la señora HIMERA ARAÚJO ARAÚJO, en lo atinente a la cuantía (\$105.756.00) y, el promedio que se tuvo en cuenta para determinar el monto de la pensión reconocida, toda vez, que se omitió por parte de la entidad accionada al momento de efectuar la liquidación, tener en cuenta todos y cada uno de los factores que integran salario y que fueron devengados por la actora durante el último año de servicios prestados, esto es, desde el 14 de agosto de 1995 y hasta el 14 de agosto de 1996, de maneta indexada, conforme lo preceptúa el Decreto Ley 1045 de 1978, el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, efectiva a partir del 1 de abril de 1992.

Así mismo se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 11233 del 24 de octubre de 1995, por medio de la cual se reliquidó la pensión de jubilación a la señora HIMERA ARAÚJO ARAÚJO.

Se declare la nulidad de la Resolución No. RDP 022718 del 17 de junio de 2016, por medio de la cual se niega la reliquidación de pensión de vejez a la mencionada señora.

Se declare la nulidad de la Resolución No. RDP 031716 del 29 de agosto de 2016, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición, y se confirma en todas y cada una de sus partes la Resolución No. GNR RDP 22718 del 17 de junio de 2016, por la cual se niega la reliquidación de la pensión de vejez a la demandante.

Se declare la nulidad de la Resolución No. RDP 033858 del 14 de septiembre de 2016, por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación, y confirma en

todas y cada una de sus partes la Resolución No. GNR RDP 22718 del 17 de junio de 2016, quedando agotada con la presente la vía gubernativa.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP al reconocimiento y pago de la reliquidación de pensión de jubilación a la señora HIMERA ARAÚJO ARAÚJO, teniendo en cuenta lo contemplado en la Ley 33 de 1985, artículo 1º, y por tanto se liquide la pensión con el 75% del promedio de los factores salariales devengados durante su último año de servicio conforme lo preceptúa el Decreto Ley 1045 de 1978, la Ley 33 de 1985, Decreto 929 de 1976, Decreto 546 de 1971, Ley 100 de 1993, artículo 14, efectiva a partir del cumplimiento del status de pensionado.

Que se ordene a la demandada pagar a favor de la demandante las diferencias resultantes por concepto de mesadas atrasadas causadas entre la fecha del status y la inclusión en nómina y cumplimiento de la sentencia que así lo ordene, debidamente indexadas.

Se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos establecidos en el artículo 192 del CPACA, y se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

Hechos. El apoderado manifiesta que mediante Resolución No. 14382 del 11 de marzo de 1993, la Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL EN LIQUIDACIÓN, hoy UGPP, reconoció a la señora HIMERA ARAÚJO ARAÚJO, una pensión mensual vitalicia de jubilación, en cuantía de \$105.756,00, conforme a la Ley 33 de 1985, efectiva a partir del 1 de abril de 1992, la cual fue reliquidada mediante Resolución No. 011233 del 4 de octubre de 1995.

La demandante a través de apoderado radicó solicitud de reliquidación fechado el día 8 de marzo de 2016, ante la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.- solicitando la reliquidación de la pensión de jubilación con todos los conceptos que integran el salario, conforme al IPC certificado por el DANE, el salario promedio devengado durante el último año de servicios al momento del retiro, esto es, desde el 14 de agosto de 1992 y hasta el 14 de agosto de 1993, de manera indexada, conforme lo preceptúa el Decreto Ley No. 1045 de 1978, Ley 33 de 1985 artículo 1º, el artículo 14º de la Ley 100 de 1993.

Mediante Resolución No. RDP 022718 del 17 de junio de 2016, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL –UGPP, negó la reliquidación de la pensión de jubilación solicitada por la demandante.

La señora HIMERA ARAÚJO ARAÚJO, a través de apoderado, radicó el día 19 de julio del 2016 recurso de reposición en subsidio de apelación en contra de la Resolución No. RDP 022718 del 17 de junio de 2016, que negó la reliquidación de la pensión de jubilación.

Mediante la Resolución No. RDP 031716 del 29 de agosto del 2016, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL– UGPP, resuelve el

recurso de reposición, confirmando en todas y cada una de sus partes la Resolución No. RDP 022718 del 17 de junio de 2016.

Mémediante Resolución No. RDP 033858 del 14 de septiembre del 2016, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL– UGPP, resuelve el recurso de apelación, confirmando en todas y cada una de sus partes la resolución No. RDP 022718 del 17 de junio de 2016, y por la cual queda agotada la vía gubernativa.

Señala que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, omitió dar cumplimiento a lo mandado en las disposiciones legales que reglan el reconocimiento y pago de prestaciones periódicas a la actor en su condición empleada pública.

Con su actuar la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, emitió una decisión apresurada y carente de objetividad, lesionante de los derechos de la demandante y la ley, en cuanto la pensión de jubilación no le fue reconocida en la forma que real y legalmente le correspondía.

No hubo razón de orden legal que determinará que la pensión de jubilación reconocida al ex trabajador se reglara por las disposiciones que le fueron aplicadas por La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.

Normas violadas: Se citan como vulneradas las siguientes disposiciones:

LEGALES: Ley 33 de 1985 artículo 1º y Decreto 62 de 1965, Ley 91 de 1989, artículo 9º; Decreto 1160 de 1998, artículo 10º; Ley 100 de 1993, artículos 11 y 36 sobre el Régimen de Transición y Sentencia de la Corte Constitucional No. 168 del 20 de abril de 1995. Decreto Ley No. 1045 de 1978, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia del 4 de agosto de 2010. Radicación 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

CONSTITUCIONALES: Artículos 1º, 2º, 3º, 6º, 13, 25 y 53 de la Constitución Nacional.

Providencia recurrida. El Juzgado de primera instancia mediante sentencia de fecha 26 de octubre de 2018, negó las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

El régimen pensional aplicable a la demandante no está en discusión, toda vez que ésta adquirió el status pensional antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo tanto, a la señora HIMERA ARAÚJO ARAÚJO le es aplicable el régimen pensional establecido en la Leyes 33 y 62 de 1985, tal como lo aplicó la entidad demandada en las resoluciones acusadas.

Con relación a los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, se debe precisar que si bien es cierto, se venía aplicando la

tesis expuesta por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de fecha 4 de agosto de 2010, con ponencia de Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, *en la cual se estableció que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos son simplemente enunciativos y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, aun cuando sobre los mismos no se haya efectuado los aportes de ley*, lo cierto es que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de dicha corporación en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, dentro del proceso radicado 2012-00143-01, CAMBIÓ el anterior criterio, indicando que esa tesis se adoptó a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios, con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, señaló que dicho criterio interpretativo traspasó la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

Con fundamento en lo anterior y teniendo en cuenta que mediante Resolución No. 14382 del 11 de marzo de 1993, la Caja Nacional de Previsión Social, le reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a la demandante, liquidada con base en el 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicio e incluyó como factores salariales: la asignación básica, horas extras y la bonificación por servicios prestados, es claro que bajo los parámetros fijados por la reciente sentencia de unificación del Consejo de Estado, a la demandante no le asiste el derecho a que la UGPP reliquide su pensión incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, toda vez que si bien se acreditó que en el último año ésta devengó otros factores salariales que no fueron tenidos en cuenta, tales como prima de vacaciones y alimentación, dichos factores no podían ser incluidos en la base de su liquidación prestacional, como quiera que no se encuentran enlistados en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, que fue modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985. Por lo tanto, declara probada la excepción de inexistencia de la obligación reclamada, propuesta por la UGPP, y en consecuencia, niega las pretensiones de la demanda.

Recurso de apelación. El apoderado de la demandante solicita que se revoque la sentencia de 26 de octubre de 2018, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Valledupar, resaltando que tal y como señaló en la demanda inicial, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha venido aceptando la aplicación de la ley laboral y de la seguridad social en forma retrospectiva, en virtud del principio de favorabilidad establecido en el artículo 53 de la Constitución Política, en armonía con los principios generales del derecho de justicia y de equidad.

La Juez para negar la reliquidación de la pensión tomó como precedente judicial la Constitución Nacional artículo 53, Leyes 33 de 1985 y 100 de 1993 y las sentencias emitidas por la Corte Constitucional C- 258 de 2013, SU-230, SU-427 de 2016, SU-395 de 2017 y SU-23 de 2018 (expediente 52001-23-33-000-2012-00143-01).

Conforme a la línea jurisprudencial señalada por la Corte Constitucional, advirtió que no tenía sentido seguir aplicando el criterio que sobre el particular había adoptado, abandonando la línea jurisprudencial esbozada por el Consejo de

Estado. En otras palabras, consideró la Juez que para el caso en concreto, se acatará el enunciado precedente del que se infiere que la interpretación correcta de las sentencias mencionadas, en armonía con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, obedece a que el ingreso base de liquidación para quienes están amparados por el régimen de transición quedará regido por la Ley 100 de 1993 (artículos 21 y 36), y no por las normas de los sistemas pensionales anteriores a la misma.

De la lectura del fallo apelado, se infiere que la operadora judicial niega lo pretendido bajo el supuesto de haber encontrado una resolución de pensión basada en derecho debidamente liquidada, conforme la sentencia 00143 de 2018 Consejo de Estado, del 28 de agosto de 2018, expediente 52001-23-33-000-2012-00143-01, la cual aplicó de forma parcial.

Omitió también la Juez de primera instancia, revisar sobre cuáles factores salariales se deben incluir en el IBL para la pensión de jubilación de los servidores públicos beneficiarios de la transición, con el fin de garantizar el debido proceso.

En vista de los anterior, se enlista cuáles son los factores salariales a tener en consideración para liquidar la pensión de jubilación a la actora que no tuvo en cuenta la UGPP y el juzgador de primera instancia, siendo los señalados en la normatividad vigente, esto es el Decreto 1158 de 1994 y de lo cual da fe documental el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por la Suscrita Pagadora del ICBF Regional Cesar NOHORA CECILIA VALERA CANTILLO como prueba documental calificada así: subsidio de alimentación, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones.

No existe dentro del proceso una certificación de factores salariales ni tampoco una liquidación razonada puesta a disposición de las partes para debatirla y desvirtuar lo certificado por la funcionaria o competente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y que determine que la pensión reconocida goza de plena legalidad y se ajusta derecho conforme las disposiciones aplicadas por la UGPP.

Para el caso en concreto está vedado aplicar la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

Así, viendo el fallo apelado, no llama a duda, que el operador judicial no tuvo en cuenta que la aplicación e interpretación de la ley debe ir acompañada por los derroteros señalados en la Constitución Política. No se tuvo en cuenta lo señalado por el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia sobre el derecho que le asiste a la demandante como funcionaria pública de acceder a una pensión debidamente liquidada conforme a lo devengado y descontado al trabajador.

Alegatos de conclusión. En esta oportunidad procesal, la entidad demandada en sus alegatos de conclusión expresa que está de acuerdo con las consideraciones del a quo, quien negó las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que la discrepancia radica en los factores salariales aplicados a la parte actora en la liquidación de la pensión de vejez, así como en la forma de reliquidar la pensión, pues solicita que se le aplique el 75% al salario devengado en el último año de servicio, incluyendo todo lo devengado, pues laboró al servicio del Estado, donde devengaba dichos factores.

Respecto a la pensión de jubilación conforme la Ley 33 de 1985, la misma se debe reconocer teniendo en cuenta los aportes realizados por el trabajador, que fueron debidamente acreditados por el Estado, pues dicha norma es el sustento legal para el reconocimiento y liquidación de la pensión.

De igual manera, la parte demandante presenta sus alegatos de conclusión, manifestando que expone razones de hecho y de derecho suficientes para que la sentencia sea revocada.

Indica que para el caso en concreto debe tenerse en cuenta sin consideraciones de ninguna índole, la fecha en que la actora adquirió el derecho a pensionarse (status de pensionado), esto es, el 15 de diciembre de 1990, por ende con derecho a obtener el reconocimiento de la pensión especial de jubilación en la forma establecida en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, Decreto 1045 de 1978, en armonía con lo dispuesto en el artículo 36 ya citado y preceptivas más favorables vigentes anteriores a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Pues no puede ni debe pasarse por alto los principios de condición más beneficiosa, favorabilidad y *pro homine*, consagrados en el artículo 53 de la Carta Política de 1991, además de lo instituido en el artículo 58 de la misma norma supra legal, sobre el respeto de los derechos adquiridos conforme a las leyes sociales.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Problema Jurídico.

Corresponde a la Sala determinar si la demandante tiene derecho a que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, le reliquide la pensión de vejez, teniendo en cuenta lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985, es decir, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

### 2. De lo probado en el proceso.

- La señora HIMERA ARAÚJO ARAÚJO, nació el 15 de diciembre de 1935, según la copia de su cédula de ciudadanía obrante al folio 66 del expediente.

- Mediante Resolución No. 14382 del 11 de marzo de 1993, la Caja Nacional de Previsión Social, le reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación a la señora HIMERA ARAÚJO ARAÚJO, en cuantía de \$105.756,69, efectiva a partir del 1 de abril de 1992, condicionada a la demostración del retiro definitivo del servicio, liquidándola con el 75% sobre el promedio de los factores salariales asignación básica, horas extras y bonificación por servicios prestados. La pensión reconocida fue reliquidada por nuevos tiempos de servicio, mediante Resolución 011233 de 4 de octubre de 1995. (Folios 22, 23 y 24).

- Por Resolución No. RDP 022718 de 17 de junio de 2016, la Subdirectora de Determinación de Derechos Pensionales de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, negó la reliquidación de la pensión de vejez solicitada por la señora HIMERA ARAÚJO ARAÚJO, para que fueran tenidos en cuenta todos los factores de salario certificados durante el último año de servicio; decisión que fue confirmada a través

de la Resolución RDP 033858 de 14 de septiembre de 2016, al desatarse el recurso de apelación interpuesto. (Folios 41-42 y 63-64).

- Según la constancia expedida por la Pagadora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Cesar, obrante al folio 65 del expediente, se tiene que la señora HIMERA ARAÚJO ARAÚJO, laboró en esa entidad en calidad de Secretaria Código 5140, Grado 13, y en el último año de servicios le fueron cancelados los siguientes factores salariales: sueldo básico, 100% alimentación, 1/12 bonificación por servicios prestados, 1/6 bonificación de junio, 1/12 prima de vacaciones y horas extras.

### 3. Solución del problema jurídico.

Corresponde a la Sala establecer si la señora HIMERA ARAÚJO ARAÚJO, tiene derecho a que la UGPP le reliquide su pensión de jubilación incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio.

Ante todo, debe aclararse que esta Corporación en anteriores oportunidades venía acogiendo la tesis expuesta por el Consejo de Estado, en cuanto a reliquidación pensional se refiere con base en la Ley 33 de 1985, es decir, con el 75% de lo devengado durante el último año de servicios y todos los factores devengados en dicho período, para lo cual se daba aplicación a la sentencia del 3 de febrero de 2010, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, con radicación número: 25000-23-25-000-2007-01044-01(0670-10).

Sin embargo, este Tribunal varió la anterior posición, teniendo en cuenta la Sentencia de Unificación de la Corte Constitucional No. 230 de 2015, en la cual se resolvió ordenar la liquidación de la pensión en estudio, con base en los últimos 10 años de servicio, como lo estableció el parágrafo 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y no con el promedio de los salarios devengados en el último año de servicio, conforme lo dispone el artículo 1º de la Ley 33 de 1985; aplicando de este modo, el régimen previsto en la Ley 100 de 1993; pese a encontrarse sujeto al régimen de transición previsto en dicha norma, delimitando los parámetros referentes al mismo.

Luego, este Tribunal con base en decisiones de las Secciones Cuarta y Quinta del Consejo de Estado, decidió aplicar el precedente de la Corte Constitucional tan sólo a los casos en que la fecha de adquisición del estatus pensional fuera posterior a la publicación de la sentencia SU-230 de 2015 (29 de abril de 2015), así mismo se aplicaba el precedente trazado por el Consejo de Estado, a todos aquellos eventos en que el derecho a la pensión se haya adquirido con anterioridad a dicha fecha.

Sin embargo, la Sala Plena de la Corte Constitucional mediante Sentencia SU-395 del 22 de junio de 2017 concluyó, que de acuerdo a lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el constituyente en el Acto Legislativo 01 de 2005, así como con los principios de eficiencia del Sistema de Seguridad Social, correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, y el alcance y significado del régimen de transición, “la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la Ley 100 de 1993.” (Sic para lo transcrito) (Negrillas y subrayas fuera del texto).

De igual manera, recordó que la Sentencia C-258 de 2013, al estudiar la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 sobre régimen especial de Congresistas y Magistrados de Altas Cortes, sostuvo que, no obstante que el Acto Legislativo 01 de 2005 haya respetado la existencia de un régimen de transición en materia pensional, *“impuso límites temporales y materiales. En cuanto a los beneficios y condiciones, la reforma constitucional remitió a lo consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, disposición que establece que los beneficiarios del régimen de transición tendrán derecho a que se les apliquen las normas pensionales anteriores, en relación con la edad, el tiempo de cotización o servicios prestados, y el monto de la pensión, entendido como tasa de remplazo. Las demás condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez, se sujetan a las disposiciones contenidas en el sistema general de pensiones”*.

No obstante, visto que en sede ordinaria y de tutela, se ha desconocido el precedente jurisprudencial fijado por la Sección Segunda en las sentencias de unificación C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, recientemente la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia de unificación<sup>1</sup> vio la necesidad de desatar el problema interpretativo en materia de aplicación integral de los regímenes pensionales, a partir de las reglas de la transición sobre las condiciones del IBL aplicables a todos los beneficiarios del régimen general de la Ley 33 de 1985.

A juicio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado una lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite concluir que en el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3 de dicha norma. Así:

- 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 hiciera 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.

Para la Sala Plena del Consejo de Estado, el artículo 36 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 servicio 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.

Adicional a lo dicho, en la sentencia de unificación a la que se hace mención el Consejo de Estado fijó como segunda subregla el hecho de que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS, sentencia de 28 de agosto de 2018. Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01).



públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones, pues considera que es la interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional, dado que garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y se asegura la viabilidad financiera del sistema. Diferente a lo que ocurría con la tesis que adoptó la Sección Segunda de esa Corporación, en la sentencia de unificación del 4 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, porque esta interpretación va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social, ya que traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

Así las cosas, en atención a que la jurisprudencia que profiere el órgano de cierre es vinculante para resolver los conflictos cuya competencia está atribuida a esta jurisdicción, esta Corporación acoge en su totalidad el precedente fijado por la Sala Plena del Consejo de Estado sobre el IBL en el régimen de transición, el cual no es otro que el esbozado por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-395 de 2017, providencia en donde se ratificó lo establecido en la sentencia de Unificación 230 de 2015, delimitando los parámetros referentes al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que si bien es cierto esta norma conservó la aplicación del régimen anterior, en cuanto a la edad, tiempo de servicio y monto de la prestación, no fue así para efectos del Ingreso Base de Liquidación, motivo por el cual se concluye, que para la liquidación pensional se debe tener en cuenta los últimos 10 años de servicio, de conformidad con el parágrafo 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y no con el promedio de los salarios devengados en el último año, conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 33 de 1985; aún si el sujeto se encuentra en el régimen de transición.

Ahora bien, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que consagra el régimen de transición, establece en su inciso segundo que *“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 las pruebas obrantes en el expediente, para la Sala no existe duda, que la señora HIMERA ARAÚJO ARAÚJO, es beneficiaria del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en razón a que, para el 1º de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad, pues nació el 15 de diciembre de 1935, y tenía más de 15 años de servicio, pues inició a laborar desde el 19 de octubre de 1954.

Sin embargo, en aplicación de la sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado de 28 de agosto de 2018 en cita, los beneficiarios del régimen de transición tienen derecho a que se le aplique el régimen anterior en cuanto a la edad, tiempo y monto de la pensión, pero no para determinar el Ingreso Base de Liquidación, el cual es regulado por la Ley 100 de 1993.

Por lo tanto, en el asunto bajo estudio, se determinará el Ingreso Base de Liquidación bajo la óptica del Régimen General previsto en la Ley 100 de 1993, y como consecuencia de ello, se establecerá si es procedente incluir los factores salariales devengados por el demandante, para determinar el monto de la liquidación de la pensión de vejez que le fue reconocida.

Así pues, tenemos que el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, expone lo siguiente:

*“ARTÍCULO. 21.-Ingreso base de liquidación. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, 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, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*

*Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas como mínimo.”*

Por su parte, el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 "Por la cual se modifica el artículo 3° de la Ley 33 del 29 de enero de 1985, a través del cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público", dispuso:

*“Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes...”*

Se concluye que la citada norma enlista en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, negando la oportunidad de incluir aquellos factores devengados por el trabajador por los que no realizaba aporte alguno al sistema general de pensión.

Advierte la Sala que a folios 33 a 35 del expediente, obra una certificación en la que constan los factores salariales devengados por la señora HIMERA ARAÚJO ARAÚJO, durante el último año de servicios (2006-2007), los cuales son: asignación básica, incentivo de localización, prima de vacaciones, prima de Navidad, quinquenio, vacaciones en dinero, prima de antigüedad y remuneración por servicios prestados.

Ahora, atendiendo el precedente jurisprudencial de unificación reciente de la Sala Plena del Consejo de Estado, a la demandante no le asiste el derecho de que la UGPP, reliquide su pensión de vejez teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, como quiera que no existe prueba en el expediente de que sobre éstos se hubiesen efectuado los aportes, siendo esta una carga procesal exclusiva de la parte demandante, sin que sea posible que el Juez subsane las falencias probatorias de quien corresponde demostrar los hechos que alega, además por cuanto los factores solicitados no se encuentran señalados en la ley.

Así las cosas, al analizar el acto administrativo<sup>2</sup> que reconoció la pensión de jubilación a la actora, acota la Sala, que la entidad incluyó como factores salariales en la base de liquidación, la asignación básica, horas extras y la bonificación por servicios prestados, lo cual está en consonancia con el reciente pronunciamiento de la Sala Plena del Consejo de Estado en cita, por cuanto fueron incluidos en la base de liquidación pensional unos factores que se encuentran enlistados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 y sobre los cuales se realizaron los respectivos aportes.

Y aunque está acreditado que la actora devengó en el último año de prestación de servicios además de los factores que le fueron reconocidos en la Resolución 14382 de 1993, los siguientes: 100% alimentación, 1/6 bonificación de junio y 1/12 prima de vacaciones, lo cierto es que estos factores no podían ser incluidos por la entidad demandada en la base de liquidación prestacional de la demandante, como quiera que los mismos no se encuentran enlistados en la Ley 62 de 1985, como factores que conforman la base de liquidación pensional.

De este modo, será confirmada la sentencia apelada, que negó las pretensiones de la demanda, toda vez que de acuerdo con la reciente sentencia de unificación del Consejo de Estado, no es posible ordenar la reliquidación de la pensión de vejez con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, sino solo sobre aquellos que se efectuaron los aportes al sistema y están previstos en la Ley 62 de 1985, conforme se explicó precedentemente.

No habrá condena en costas en esta instancia, por no haberse probado su causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del Tribunal Contencioso Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

---

<sup>2</sup> Ver folios 22-23

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida el día 26 de octubre de 2018, por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, que negó las pretensiones de la demanda de la referencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta decisión, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, según Acta No. 111.

  
DORIS PINZÓN AMADO  
Magistrada

  
JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA  
Magistrado

  
CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA  
Magistrado