



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: MARÍA AUXILIADORA ROYERO SERPA

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

RADICACIÓN: 20-001-33-33-001-2017-00353-01

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 por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, en audiencia inicial realizada el día 6 de noviembre de 2018, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

Pretensiones. La demandante solicita que se declare la nulidad de la Resolución No. RDP 047980 de 20 de diciembre de 2016, mediante la cual se niega la reliquidación de su pensión de jubilación, así como también de la Resolución No. RDP 013771 de 31 de marzo de 2017, la cual resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la anterior resolución, confirmándola en todas y cada una de sus partes.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene a la entidad demandada reliquidar la pensión de jubilación, teniendo en cuenta para su cálculo el promedio del 75%, de todos los factores devengados por todo concepto en el último año de servicio, incluyendo en el IBL mensual los valores en sus correctas proporciones de los siguientes factores: Asignación básica, prima de antigüedad, remuneración por servicios prestados, incentivo de localización, prima de vacaciones, prima semestral prima de navidad, y cualquier otro emolumento que la actora demuestre haber recibido en ese periodo como contraprestación de su relación laboral, pensión que ha de pagarse en cuantía mensual no inferior a \$855.625.81 efectiva a partir del 1 de julio de 2017, ordenando aplicar los reajustes de la Ley 100 de 1993, sobre la cuantía pretendida de \$855.625.81.

Del mismo modo, solicita se ordene a la demandada liquidar y pagar a la actora las diferencias de las mesadas entre lo que se ha venido cancelando y lo que se determine pagar en la sentencia, con los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor.

Por último, solicita condenar a la UGPP a que si no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el numeral 2 del artículo 192 del CPACA pague a favor del demandante intereses moratorios después de ese término, y al igual se le condene en costas y agencias en derecho.

Hechos. La actora manifiesta que laboró al servicio del Estado como empleada

pública, por un tiempo superior a los 20 años de servicios, siendo su último lugar de servicio el Instituto Colombiano Agropecuario –ICA.

Aduce que la Caja Nacional de Previsión Social EICE, mediante Resolución No. 7648 de 3 de febrero de 2005, le reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación en cuantía de \$642.285,82, condicionada al retiro definitivo del servicio.

El ICA mediante Resolución N° 001462 de 13 de junio de 2007, dio por terminada la relación laboral con la señora MARIA AUXILIADORA ROYERO SERPA, a partir del 1 de julio de 2007.

El día 5 de abril de 2005, la demandante presentó ante CAJANAL recurso de reposición ante CAJANAL en contra de la Resolución N° 7648/2005, el cual fue resuelto mediante Resolución N° 2961 de 27 de mayo de 2005, revocando, reconociendo y ordenando el pago de la pensión de jubilación a favor de la señora MARIA AUXILIADORA ROYERO SERPA, en una cuantía de \$729.319,27, condicionada a demostrar el retiro definitivo.

El apoderado de la demandante presentó derecho de petición el día 12 de agosto de 2016, solicitando a la UGPP reliquidación de la pensión de jubilación a favor de la señora MARIA AUXILIADORA ROYERO SERPA, lo cual fue negado por la UGPP mediante la Resolución N° RDP 047980 de 20 de diciembre de 2016, decisión contra la cual interpuso recurso de apelación, el cual fue desatado a través de la Resolución No. RDP 013771 de 31 de marzo de 2017, confirmando en todas y cada una de sus partes la resolución apelada.

Finalmente indica que la pensión liquidada conforme lo establece la Ley 33 de 1985, en concordancia con la sentencia de unificación de jurisprudencia proferida el 4 de agosto de 2010 por el Honorable Consejo de Estado, siendo Consejero Ponente el Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, debe hacerse con lo devengado por todo concepto en el último año de servicio comprendido en el periodo de 1 de julio de 2006 a 30 de julio de 2007.

Normas violadas y concepto de la violación. Se citan como vulneradas las siguientes disposiciones: artículos 2, 25 y 58 de la Constitución Política, las Leyes 33 y 62 de 1985 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

La demandante manifiesta que las violaciones nacen de la incorrecta y desfavorable interpretación del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la cual llevó a la entidad de previsión a liquidar la pensión referida, dando una aplicación indebida al inciso 3° del mismo artículo, en contra de sus legítimos derechos, pues al ser beneficiaria del régimen de transición su pensión debió reconocerse y calcularse en cuanto a la edad, el tiempo de servicio y el monto, con las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, es decir, con la Ley 33 de 1985.

Concluye que la actora tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, invoca al respecto la decisión de Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, contenida en la sentencia del 4 de agosto de 2010, Magistrado ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Radicado 0112-2009, Actor: Luis Mario Velandia.

Providencia recurrida. El Juzgado de primera instancia mediante sentencia de fecha 6 de noviembre de 2018, que negó las pretensiones de la demanda.

Indica que el asunto bajo estudio ha quedado resuelto con la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS, Radicado 2012-00153-01. Esta sentencia da la respuesta a los distintos interrogantes que se plantean en el proceso.

Lo primero, es que la actora es beneficiaria del régimen de transición. El segundo interrogante es si al ser beneficiaria del régimen de transición tiene derecho a que se le reliquide su pensión con 75% del último año de servicio y con la inclusión de todos los factores salariales que haya devengado en el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus pensional. El tercer interrogante adicional sería si los factores que se han de tener en cuenta para su liquidación o reliquidación son los que devengó, o aquellos sobre los cuales efectivamente cotizó.

Al primer interrogante, de si la demandante tiene derecho a que se le reliquide su pensión con la inclusión de todos los factores salariales, dice que no, por cuanto la sentencia referida clarificó que el IBL no hace parte de la transición, sino que debe irse a las Leyes 33 y 62 de 1985. No es sobre lo que devengó el trabajador o servidor público, sino sobre lo que aportó, esto por los principios de equidad, de elemental justicia, de sostenibilidad del sistema y solidaridad, los cuales se verían vulnerados si a las personas se les paga la pensión sin tener en cuenta lo que efectivamente haya cotizado.

Trae a colación lo alegado por la parte demandante de que la demanda se presentó en vigencia de la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, con ponencia del Dr. VÍCTOR ALVARADO ARDILA, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, con base en esa sentencia, teniendo en cuenta la buena fe y la confianza legítima la parte actora presenta su demanda con el convencimiento de que le van a reconocer sus derechos con base en esa jurisprudencia. Esta posición también está resuelta por la sentencia del 28 de agosto de 2018, en su parte resolutive artículo segundo dice: advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con los temas objeto de unificación, son obligatorias para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, o sea, que no hay duda de que debemos aplicar la sentencia.

Señala además está probado que a la demandante se le promedió primero su monto en un 85%, cuando ella está pidiendo es 75%, es decir, le están aumentando 10 puntos más de lo que está pidiendo, es algo como para tener bien en cuenta, y tiene probado que se le tuvieron en cuenta para su liquidación la asignación básica, bonificación y la prima de antigüedad, factores sobre los cuales la actora aportó, no está probado que ella hubiese aportado sobre otros factores. Esto en sentir del despacho, resulta la actora beneficiada porque se le aplicó el 85% como tasa de reemplazo.

La sentencia de unificación del 28 de agosto de agosto de 2018, dice que los factores salariales son taxativos, señalando que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de transición, son únicamente aquellos sobre los que se hayan

efectuado los aportes o cotizaciones al sistema de pensiones. Esto es una repetición de lo que ha dicho la Ley 33 de 1985.

En este orden de ideas, el despacho encuentra ajustado al ordenamiento jurídico los actos administrativos que se demandan, y en consecuencia, negará las pretensiones de la demanda.

Recurso de apelación. El apoderado de la demandante solicita que se revoque la sentencia de 6 de noviembre del 2018, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Valledupar, y que a su vez se acceda a las pretensiones de la demanda, esto es, condenar a la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, a reliquidar la pensión de la actora, calculando el IBL con el promedio del 75% de la totalidad de los factores de salario devengados y certificados en el último año de servicios, y a las demás pretensiones de la demanda.

Toda vez que, el análisis que debe hacerse para determinar la norma pensional a aplicar, en el caso en particular, comienza destacando que a 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 la demandante ya contaba con más de 20 años de servicios, por lo cual y por disposición del artículo 36 ibídem, su pensión debía ser reconocida aplicando la norma anterior a la cual estuviera afiliada, es decir, la Ley 33 de 1985, en virtud del principio de favorabilidad el cual se entiende que pretendió proteger el legislador al momento de crear y prever el denominado régimen de transición.

Alegatos de conclusión. En esta oportunidad procesal la demandante reitera lo expuesto en el recurso de apelación, y se ratifica en las pretensiones de la demanda, y como petición especial indica que teniendo en cuenta que el 28 de agosto de 2018, el Consejo de Estado Sección Segunda, varió y unificó criterios jurisprudenciales relacionados con el régimen de transición con la Ley 100 de 1993, acogiéndose al principio de buena fe y la confianza legítima con la que acudió a este medio de control desde el 31 de agosto de 2017, cuando estaba en pleno vigor, jurisprudencia que permitía la inclusión de todos los factores de salario del último año de servicio para servidores públicos beneficiarios de la Ley 33 de 1985, es necesario solicitar que no se condene en costas y agencias en derecho, en caso que el despacho decida aplicar las nuevas directrices de esta alta Corporación.

A su turno, la entidad demandada manifiesta que está de acuerdo con las consideraciones del *a quo*, quien negó las pretensiones de la demanda, pues respecto de la pensión de jubilación conforme a 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.

Señala que no hay lugar a la reliquidación de la pensión de vejez, pues se tuvieron en cuenta los factores salariales que correspondía conforme a las certificaciones aportadas al expediente administrativo. Si se incluyen otros factores salariales se estaría atentando contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, razón por la cual deben desestimarse las pretensiones de la actora.

Indica que la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 del 29 de abril de 2015, reitera que el régimen de transición sólo conserva la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión del régimen anterior, y en cuanto al ingreso base de liquidación, debe tenerse en cuenta lo establecido en la Ley 100 de 1993. Cita las sentencias de la Corte Constitucional SU 395 de 2017 y SU 023 de 2018. Solicita se confirme la sentencia apelada, y en tal sentido se nieguen las pretensiones de la demanda.

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 MARÍA AUXILIADORA ROYERO SERPA, nació el 21 de febrero de 1949, según la copia de su cédula de ciudadanía obrante al folio 36 del expediente.

- Mediante Resolución No. 7648 del 3 de febrero de 2005, la Subgerente de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social EICE, le reconoció una pensión mensual vitalicia por vejez a la señora MARÍA AUXILIADORA ROYERO SERPA, en cuantía de \$642.285,82, efectiva a partir del 1 de julio de 2004, condicionada a la demostración del retiro definitivo del servicio, liquidándola con el 75% sobre el salario promedio de 10 años, incluyendo como factores salariales para su liquidación la asignación básica, incremento por antigüedad y bonificación por servicios prestados, e indicando que el status jurídico fue adquirido el día 21 de febrero de 2004. (Folios 2 a 6).

- Por Resolución No. 2961 de 27 de mayo de 2005, expedida por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Caja Nacional de Previsión Social EICE, fue revocada en sede de reposición la Resolución No. 7648 del 3 de febrero de 2005, ordenándose el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia por vejez, a favor de la señora MARÍA AUXILIADORA ROYERO SERPA, en cuantía de \$729.319,27, a partir al 1 de julio de 2004, condicionada a demostrar retiro definitivo del servicio oficial para su disfrute, liquidándola de acuerdo con los artículos 33, 34 y 22 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta el 85% del promedio de lo devengado entre el 1 de junio de 1994 hasta el 30 de junio de 2004.

- Mediante Resolución No. RDP 047980 de 20 de diciembre de 2016, el Subdirector 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 MARÍA AUXILIADORA ROYERO SERPA, 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 013771 de 31 de marzo de 2017, al desatarse el recurso de apelación interpuesto. (Folios 20 a 28).

- Según los documentos obrantes a folios 33 a 35 del expediente, se tiene que la señora MARÍA AUXILIADORA ROYERO SERPA, laboró en el Instituto Colombiano Agropecuario ICA, desde el 16 de abril de 1973, hasta el 30 de junio de 2007, siendo su último cargo el de Auxiliar Administrativo 4044, y en el último año de servicios (2006-2007) devengó los siguientes factores salariales: asignación básica, incentivo de localización, prima de vacaciones, prima de navidad, quinquenio, vacaciones en dinero prima de antigüedad y remuneración por servicios prestados.

3. Solución del problema jurídico.

Corresponde a la Sala establecer si la señora MARÍA AUXILIADORA ROYERO SERPA, 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 unificación¹ 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 remplazo 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

¹ 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 MARÍA AUXILIADORA ROYERO SERPA, 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 21 de febrero de 1949, y tenía más de 15 años de servicio, pues inició a laborar el día 16 de abril de 1973 en el Instituto Colombiano Agropecuario ICA.

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 MARÍA AUXILIADORA ROYERO SERPA, 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, al 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 administrativo² que reconoció la pensión de vejez a la actora, acota la Sala, que la entidad incluyó como factores salariales en la base de liquidación, la asignación básica, la bonificación por servicios prestados y la prima de antigüedad, 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.

La actora pretende que además sean incluidos en la base de liquidación de su pensión de vejez los siguientes factores: incentivo de localización, prima de vacaciones, prima de navidad, quinquenio y vacaciones en dinero, pero 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,

² Ver folios 12 a 16 y 92 a 93.

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida el día 6 de noviembre de 2018, por el Juzgado Primero Administrativo Oral 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