REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
MAG. PONENTE: DR. BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS

Ibagué, cinco (05) de agosto dos mil veintiuno (2021)

Expediente:	73001-33-33-007-2017-00198-01 (150-2020)
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	ALICIA MENDOZA DE OLAYA
Demandado:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL Y DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL
Tema:	RELIQUIDACIÓN PENSIONAL POR HOMOLOGACIÓN SALARIAL

OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte demandante, contra la providencia proferida el día 16 de diciembre de 2019, mediante la cual el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Ibagué, negó las suplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora ALICIA MENDOZA DE OLAYA, actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, presenta demanda contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUICIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, pretendiendo se declare la nulidad de las Resoluciones No. RDP 031092 del 29 de julio de 2015, por la cual se niega una reliquidación pensional, No. RDP 040276 del 30 de septiembre de 2015 que resuelve un recurso de reposición, No. RDP 046430 que resuelve un recurso de apelación.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad accionada a reliquidar y pagar la pensión del accionante incluyendo la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicio, aportes patronales y laborales hecho como consecuencia del pago de la homologación y nivelación salarial.

Solicita indexación sobre los valores adeudados, el pago de la diferencia entre lo pagado y dejado de pagar, intereses moratorios y que la sentencia se cumpla dentro del término establecido en el artículo 192 del CPACA, costas y agencias en derecho.

Las anteriores pretensiones las soporta en los siguientes:

HECHOS

1. La parte demandante señala que mediante Resolución No. UGM 004029 de 12 de agosto de 2011, CAJANAL le reconoció su status de pensionado, señalando que era beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

2. Aduce, que si bien, le fue reconocida la pensión, no incluyo dentro de la correspondiente liquidación todos los factores salariales devengados por el demandante durante el último año de servicio, como consecuencia del pago de la homologación y nivelación salarial.

3. En concordancia a lo anterior, la parte accionante solicitó por escrito a la UGPP la revisión del monto de la reconocida Pensión de Jubilación, para que fueren incluidos la totalidad de los factores salariales.

4. La UGPP mediante resolución No. RDP 031092 del 29 de julio de 2015, por la cual negó la reliquidación pensional, decisión que fue confirmada a través de la Resolución No. RDP 040276 del 30 de septiembre de 2015 que resolvió un recurso de reposición y con la Resolución No. RDP 046430 que resolvió el recurso de apelación.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Con escrito visible a folios 170 a 177 del expediente, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP-, contestó la demanda advirtiendo en primera medida que mediante el Decreto 877 del 30 de abril de 2013, la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL E.I.C.E EN LIQUIDACIÓN-, perdió capacidad jurídica para ser parte en los procesos de carácter misional, la cual fue asumida por esta nueva entidad.

Aclarado lo anterior, y frente a las pretensiones de la demanda, se opone a las mismas, al considerar que carecen de fundamentos tanto fácticos como legales, y en consecuencia solicita se absuelva de todos los cargos imputados en la demanda.

Frente a otros argumentos de defensa, sostiene que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, expidió el acto administrativo de reconocimiento y pago de la pensión devengada por la demandante, de conformidad con las normas vigentes para la fecha en que

adquirió su status de pensionado, incluyendo los factores salariales que contemplan las normas que regulan la materia y garantizando los derechos de la accionante, sin deteriorar los recursos del Estado.

Asegura, que no hay lugar a la aplicación del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, toda vez que frente a la aplicación de este régimen, del cual es beneficiaria existe diversidad de criterios jurisprudenciales, los cuales refieren la improcedencia de la reliquidación en los términos solicitados.

Propone como excepciones: Inexistencia del derecho a reclamar por parte del demandante, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales y prescripción de diferencias de las mensualidades causadas con tres años de anterioridad a la fecha de la radicación de la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En providencia proferida el día 16 de diciembre de 2019, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Ibagué, negó las suplicas de la demanda, para lo cual sostuvo que la entidad no infringió el orden jurídico, en tanto del contenido de los actos demandados, se advierte que el fundamento para negar la reliquidación de la pensión, residió en que al encontrarse cobijado por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo podía tener en cuenta del régimen anterior contenido en la Ley 33 de 1985, los elementos de edad, tiempo de servicios y porcentaje o tasa de reemplazo, toda vez que el cálculo del Ingreso Base de Liquidación debía efectuarse en los términos del inciso 3º de la misma disposición, es decir, con el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta al afiliado para cumplir su status pensional, los últimos diez años o todo el tiempo si le resulta más favorable y acorde con lo dispuesto en el Decreto 1158 de 1994.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado judicial de la parte actora, mediante escrito visto a folios 185 a 189 del plenario, solicita se reliquide su pensión en razón a los factores asignación básica y bonificación por servicios debidamente homologadas, respecto a los años comprendidos entre 1997 hasta 2009, teniendo en cuenta que dichos factores homologados son los mismos enlistados en el Decreto 1158 de 1994 y que sirvieron como base de liquidación a la demandada al momento de reconocer la pensión, por ende, no es posible dársele un trato distinto y pretender que en virtud a los efectos de la homologación salarial, se tratan de nuevos factores y que sobre los mismos, deban realizar nuevamente aportes, para ser reconocidos o incluidos en la reliquidación del derecho pensional.

En consecuencia, solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, al estar probado que no le fueron incluidos los factores salariales de acuerdo a la nivelación y homologación salarial que había realizado el departamento del Tolima.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 26 de febrero de 2020, el Tribunal Administrativo del Tolima admitió recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, y con providencia del 28 de octubre de 2020, se corrió traslado a las partes para presentar los alegatos de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera su concepto.

PARTE DEMANDANTE

Durante el término concedido, reitera lo expuesto en el recurso de apelación.

PARTE DEMANDADA

Reitera lo expuesto en sus intervenciones procesales y alega que no es posible incluir los factores solicitados en el libelo introductorio con la homologación y nivelación salarial del último año de servicios, dado que el accionante no allegó medio probatorio alguno que pruebe el supuesto fáctico que pretende hacer valer.

Por su parte, el Ministerio Publico guardó silencio.

CONSIDERACIONES

PARTE PROCESAL - COMPETENCIA Y LEGITIMACIÓN

Es competente el Tribunal de lo Contencioso Administrativo para resolver la presente controversia, tal como lo establece el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el caso bajo estudio se contrae a establecer si a la parte demandante, le asiste el derecho a que su pensión de vejez sea reliquidada con la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios laborado.

ESTUDIO SUSTANCIAL

Con el advenimiento de la Ley de 100 de 1993, se creó un sistema de seguridad social integral, que tenía como objetivo el amparar a la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, utilizando como medio para tal fin, el reconocimiento de pensiones y otras prestaciones, las cuales se encontrarían sometidas al cumplimiento de ciertos requisitos como lo son la edad y tiempo de servicios.

Dicha normatividad consagró en su artículo 36 el régimen de transición, el cual reza:

> *"… La edad para acceder a la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia* ***el sistema tenga 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, requisitos y monto de la pensión de acuerdo con lo señalado en el numeral 2 del artículo 33587 y articulo 34588 de esta ley, aplicables a estas personas, se regirán por las disposiciones contenida en la presente ley."* (Negrillas fuera del texto original)

Posteriormente se expidió el Acto Legislativo No. 01 del 2005, el cual adicionó el parágrafo transitorio 4 del artículo 48 de la Constitución Nacional, donde dispuso la terminación del régimen de transición establecido en el Sistema General de Pensiones a partir del 31 de julio de 2010, empero estableció una excepción, frente a los trabajadores que para la entrada en vigencia del acto legislativo No. 01, es decir al 25 de julio de 2005, tuvieren 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios, se les garantizaba el régimen de transición hasta el año 2014.

En este punto resulta conveniente traer a colación el parágrafo Transitorio 4º del Acto Legislativo No. 01 del 22 de julio de 205, que establece lo siguiente:

> ***"Parágrafo transitorio 4º.*** *El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010;* ***excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo,*** *a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".*

> *"Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen (negrilla y subraya fuera del texto)".*

Respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, el Consejo de Estado en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, había presentado una línea más o menos homogénea, respecto de los factores salariales devengados por el trabajador, que se debían incluir al momento de liquidar la pensión[1]

Al tema se le dio una nueva lectura, al respecto, la **Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado** mediante Sentencia de 28 de agosto de 2018 unificó su jurisprudencia y al referirse al régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que se transcribe *in extenso,* señaló:

> *"91. Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. 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 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.*
>
> ***Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición***
>
> *92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:*
>
> ***"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".***

---

1 Sección Segunda Sala Contencioso Administrativa del 04 de Agosto de 2010 M.P. Victor Hernando Alvarado Ardila. Radicado Nro. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09)

*93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes **subreglas**:*

*94. **La primera subregla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:*

- 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 hiciere 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.

*95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 198930. Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.***

El artículo 15 de la Ley 91 de 1989 "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", en cuanto al derecho pensional de los docentes, dispone:

> *"**Artículo 15.** A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*
> *[…]*
> ***2. Pensiones:***
> *[…]*
> *B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al **75% del salario mensual promedio del último año**. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional […]".*

Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) tendrán los derechos del régimen

pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, por así disponerlo el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el cual señala:

> ***"ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES.*** *El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*
>
> *Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres […]".*
>
> *Es decir, si la vinculación al servicio docente fue con anterioridad a dicha fecha, en lo referente al régimen pensional se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003, esto es, como se dijo, la Ley 91 de 1989 (artículo 15).*
>
> *Esta regulación fue ratificada por el parágrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 001 de 2005, al disponer:*
>
> *"[…]* ***Parágrafo transitorio 1º****. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".*

Así las cosas, para los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (artículo 81 de la Ley 812 de 2003).

96. ***La segunda subregla*** *es que 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.*

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como "un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección,

> *coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y* ***solidaridad,*** *en los términos que establezca la Ley". El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como "[…] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil".*
>
> *99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985,* ***solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.***
>
> *100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas* ***de cotización.*** *Para la liquidación de las pensiones* ***sólo*** *se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.*
>
> *101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la 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, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda 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 periodicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo 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."*

Finalmente, dicha Corporación en la mencionada sentencia sentó jurisprudencia frente a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así:

> *"**Primero:** Sentar como jurisprudencia del Consejo de Estado frente a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que consagra el régimen de transición pensional, lo siguiente:*

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.

2. Para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- 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 hiciere 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.

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.

CASO CONCRETO

En el caso que ocupa nuestra atención, encontramos que la señora ALICIA MENDOZA DE OLAYA, **nació el 23 de julio de 1953** (Fl. 28), que para la fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993[2], la demandante contaba con 40 años de edad, cumpliendo de esta manera con el requisito de la edad, exigido por la norma para ser en principio beneficiaria del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, por lo que el régimen que le sería aplicable, es el contenido en la Ley 33 de 1985.

Al revisar el tiempo de servicio, se observa que laboró al Servicio del Estado desde el **15 de abril de 1978**[3], en consecuencia para el 13 de febrero de 1985, fecha en que entró en vigencia la Ley 33 de 1985, no contaba con los 15 años de servicios que exigía la norma para ser beneficiaria del régimen de transición previsto en esa normatividad, por lo que como se expuso en apartes anteriores, le es aplicable el régimen contenido en la Ley 33 de 1985.

[2] Para servidores públicos del orden nacional el 1º de abril de 1994 y para empleados del orden, municipal, departamental y distrital, el 30 de junio de 1995.
[3] Ver folio 28 del plenario.

Como se indicó en apartes anteriores, la parte demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en consecuencia, le son aplicables las disposiciones previstas en el régimen anterior, esto es, las Leyes 33 y 62 de 1985, situación que no es objeto de controversia.

En consecuencia, para acceder a la pensión de jubilación, el trabajador debía acreditar veinte (20) años continuos o discontinuos de servicio y tener 55 años de edad, requisitos que son satisfechos por la aquí demandante, en tanto que según se desprende del acto de reconocimiento pensional, el accionante para ese momento contaba con un tiempo de servicios de más de **33 años,** además para dicha fecha tenía **58 años de edad**, cumpliendo de esta manera con los requisitos de tiempo de servicios y edad. Se resalta que fue retirada del servicio el 30 de abril de 2011[4].

Ahora bien, respecto al ingreso base de liquidación que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, indicó que conforme el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es el previsto en el inciso 3º de dicha norma:

> *"ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. (...)*
> *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 lo devengado en el tiempo que les hiciere 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. (Subrayado fuera del texto)*

En la mencionada sentencia de unificación, se expone igualmente, la siguiente subregla:

> *"Para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:*
>
> *- 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 hiciere 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*

[4] Ver folio 28 del plenario.

> *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."*

Revisado el expediente prestacional allegado por la entidad demandada, así como las pruebas aportadas por el demandante, se advierte que para liquidar el salario promedio, se tuvo en cuenta el periodo transcurrido entre el 1 de mayo de 2001 al 30 de abril de 2011.

En el caso concreto, para la fecha en que entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, 1 de abril de 1994, la señora ALICIA MENDOZA DE OLAYA, le faltaban más de 10 años para adquirir su derecho pensional, en tanto adquirió su status pensional el 23 de julio de 2008, como se aprecia a folio 29 del expediente, condicionado al retiro del servicio.

Para establecer el ingreso base de liquidación, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE, debe calcularse, el ingreso promedio mensual objeto de cotización para cada uno de los años que integran el periodo sobre el cual se calculará éste del 1 de mayo de 2001 al 30 de abril de 2011, incluyendo únicamente los factores salariales enlistados en el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994[5]:

> *"ARTICULO 1o. El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización". El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:*
>
> *a) La asignación básica mensual;*
> *b) Los gastos de representación;*
> *c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
> *d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.*
> *e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
> *f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
> *g) La bonificación por servicios prestados;"*

La parte demandante solicita se incluyan los factores salariales devengados en el último año de servicio, aportes patronales y laborales hecho como consecuencia del pago de la homologación y nivelación salarial.

[5] Aun teniendo en cuenta los factores a que hace alusión el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 66 de 1985, no existiría variación al ser los mismos a que se refiere el mencionado artículo 1 del Decreto 1158 de 1994.

Se precisa que a folios 5 a 14 del cuaderno de pruebas de la parte demandante, reposa las certificaciones emitidas por la oficina de nómina del Departamento del Tolima, donde se desprenden las diferencias económicas del salario y factores prestacionales que se tuvieron en cuenta en el acto de reconocimiento pensional y lo que se debió reconocer por concepto de nivelación y homologación salarial, sumado, a que está probado que la actora si participó en este proceso[6], y en virtud del principio del *in dubio pro operario,* se accederá a la reliquidación pensional, más aun teniendo en cuenta el cambio de interpretación jurisprudencial efectuado por el Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

A su vez, se evidencia sin duda alguna que, si se realizó el proceso de nivelación y homologación salarial, y que hay una diferencia significativa entre los valores de los factores salariales que tuvieron en cuenta en la liquidación pensional y los valores que realmente debieron aplicarse[7], atendiendo que la accionante fue objeto de homologación, y dichos factores se encuentran incluidos en el citado artículo 1 del Decreto 1158 de 1994 y en las condiciones dispuesta por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018

Obtenido el ingreso promedio mensual base de cotización para cada uno de los años del periodo sobre el cual se calculará el IBL del caso, se deberán actualizar aplicando el IPC acumulado hasta la fecha de efectividad de la pensión, para lo cual se aplicará la siguiente formula:

$$V: Rh \times \frac{IPC\ Final}{IPC\ Inicial}$$

En donde:

V = Ingreso promedio mensual de cotización actualizado.

RH = Ingreso promedio base de cotización para cada uno de los años que integran el periodo.

IPC final = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad a la fecha de efectividad de la pensión.

IPC inicial = Índice de Precios al Consumidor de la primera anualidad para cada ingreso base de cotización.

Una vez obtenido ese promedio mensual de cotización actualizado, año a

[6] ver folios 15 a 45 del cuaderno de pruebas.
[7] Ver folios 5 a 14 del cuaderno de pruebas No. III de la parte demandante.

año, lo último será, sacar la sumatoria de dichos ingresos bases de cotización y posteriormente dividirla por el número de años que integran el periodo de liquidación, para el caso, es decir, por el número de datos que integran la sumatoria que, de acuerdo con la ley, deben ser afectados con aportes al Sistema General de Pensiones.

Conforme lo expuesto, se tiene que la demandante le fue liquidada su pensión, sin tener en cuenta que fue objeto de nivelación y homologación desde el año de 1997 al año 2009[8], y que para liquidar su pensión se tuvieron en cuenta los 10 años anteriores al retiro de su servicio, esto es, del 1 de mayo de 2001 al 30 de abril de 2011, razón por la que deberá declararse la nulidad de los actos administrativos demandados, para que se proceda a reliquidar la pensión de vejez de la señora ALICIA MENDOZA DE OLAYA, teniendo en cuenta el 75% del ingreso base de liquidación, calculado y actualizado conforme los lineamientos de esta providencia, debiendo REVOCARSE la sentencia del 16 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Ibagué.

En ese orden de ideas, la entidad accionada deberá pagar la diferencia resultante entre las mesadas pensionales efectivamente pagadas y la resultante de la reliquidación ordenada en la presente providencia.

Lo anterior, sin perjuicio que la entidad accionada realice el descuento de los aportes correspondientes de los factores salariales devengados por la accionante que fueron objeto de homologación y cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal.

Los factores establecidos que se reconocen y pagan anualmente, para efectos de determinar la base de liquidación lo procedente es tomar las doceavas partes de estos.

Para el restablecimiento del derecho se hará el reajuste en la forma determinada por el Consejo de Estado y tales incrementos serán tenidos en cuenta para efectuar la reliquidación de las mesadas pensiónales de los años posteriores y determinar el valor correspondiente a las mesadas no prescritas de conformidad con lo expuesto en la parte precedente, y la diferencia resultante no pagada, será objeto de la indexación con aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

[8] Ver folios 5 a 14 del cuaderno de pruebas No. III de la parte demandante.

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la correspondiente partida de saldo de reajuste pensional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago). Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual la fórmula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

En lo que respecta al tema de la PRESCRIPCIÒN, tenemos que opera el fenómeno de la prescripción de tres (03) años desde que la obligación se haya hecho exigible, y el simple reclamo del trabajador ante la autoridad competente, interrumpe dicho término, por un lapso igual.

En el presente caso, se observa que la demandante el día 25 de marzo de 2015 (Fl. 3), interrumpió el término de la prescripción mediante la solicitud elevada, pidiendo la reliquidación pensional, por lo cual se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al **25 de marzo 2012**.

CONDENA EN COSTAS.

Conforme al artículo 188 del CPACA, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, condénese en costas de ambas instancias a la parte demandada, siempre y cuando se encuentren causadas y probadas.

Fíjese como agencias en derecho el valor equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

D E C I S I Ó N

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

F A L L A

PRIMERO. - REVOCAR la sentencia del 16 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Ibagué, que negó las pretensiones de la demanda, conforme a las razones esbozadas en la presente decisión.

SEGUNDO: DECLÀRESE la nulidad de la Resolución No. RDP 031092 del 29 de julio de 2015 por la cual se niega una reliquidación pensional, Resolución No. RDP 040276 del 30 de septiembre de 2015 que resuelve un recurso de

reposición, Resolución No. 046430 de 09 de noviembre de 2015 que resuelve un recurso de apelación, por medio de las cuales la entidad accionada negó la reliquidación pensional de la accionante.

TERCERO.- A título de restablecimiento del derecho, **CONDÈNESE** a la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES-UGPP, a reliquidar y pagar la pensión de jubilación de la señora ALICIA MENDOZA DE OLAYA, tomando como base el 75% del ingreso base de liquidación, calculado y actualizado conforme los lineamientos de esta providencia, es decir, con los factores salariales devengados por la accionante que fueron objeto de homologación, que se encuentran incluidos en el citado artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, tales como sueldo, horas extras y bonificación por servicios prestados, y en las condiciones dispuesta por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018.

En ese orden de ideas, la entidad accionada deberá pagar la diferencia resultante entre las mesadas pensionales efectivamente pagadas y la resultante de la reliquidación ordenada en la presente providencia.

Los factores establecidos que se reconocen y pagan anualmente, para efectos de determinar la base de liquidación lo procedente es tomar las doceavas partes de estos.

La entidad demandada, deberá descontar los aportes correspondientes a los factores salariales devengados por la accionante que fueron objeto de homologación y cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, debidamente indexados.

CUARTO: Los valores resultantes del pago de la diferencia que surja en los reajustes anuales de su pensión, a cargo de la entidad demandada, ordenado en los numerales segundos y tercero, se deberán actualizar conforme lo establece el Art. 187 del C.P.A.C.A.

QUINTO: CONDÉNESE en costas de esta instancia a la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C.G.P. Siempre y cuando se encuentren causadas y probadas.

Fíjese como agencias en derecho el valor equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

SEXTO. - Una vez en firme, devuélvase el expediente al Juzgado de Origen.

Atendiendo las pautas establecidas por la Presidencia de la República en el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, mediante el cual se imparten

instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID – 19 y el mantenimiento del orden público, y el Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual se tomaron medidas por motivos de salubridad pública, la presente providencia fue discutida y aprobada por la Sala a través de correo electrónico y se notifica a las partes por este mismo medio.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS
Magistrado

LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA
Magistrado

CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ
Magistrado

Firmado Por:

Belisario Beltran Bastidas
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Escrito 5 Sección Primera
Tribunal Administrativo De Ibague - Tolima

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **6c233983e861025879d093543e130defc904add3b8b1204d215022b7bb14fcc8**

Documento generado en 09/08/2021 09:45:21 AM