



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
MAGISTRADO PONENTE: BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS

Ibagué, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintidós (2022)

RADICACION: 73001-33-33-002-2017-00201-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIA MAGDALENA SIERRA MOYA
DEMANDADO(S): ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES.
TEMA: RELIQUIDACIÓN PENSIONAL POR HOMOLOGACIÓN
SALARIAL - TESIS DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE
ESTADO (28 AGOSTO DE 2018)

OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por el apoderado de la entidad demandada, contra la providencia proferida el día 20 de mayo de 2020, mediante la cual el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Ibagué, accedió parcialmente a las suplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora MARIA MAGDALENA SIERRA MOYA, actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, presenta demanda contra LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES en adelante COLPENSIONES, pretendiendo se declare la nulidad de la Resolución No. GNR 94006 del 05 de abril de 2016, por medio de la cual negó la reliquidación pensional de la actora con la inclusión de todos los factores salariales percibidos, y la nulidad de las Resoluciones No. GNR 206053 del 13 de julio de 2016 y la No. VPB 32712m del 18 de agosto de 2016, a través de las cuales la demandada resolvió desfavorablemente los recursos de reposición y apelación instaurados contra la anterior decisión.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, que se CONDENE a COLPENSIONES a que reliquide la pensión de la demandante teniendo como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores salariales derivados del pago de la homologación y nivelación salarial, debiéndose incluir además del sueldo, las primas, sobresueldos, horas extras, bonificaciones y demás factores percibidos, al ser beneficiaria del régimen contenido en la Ley 33 de 1985.

Así mismo, se condene a la demandada a que pague las diferencias causadas con su correspondiente indexación, reajustes, intereses comerciales y moratorios, así como el pago de agencias de derecho y costas procesales.

Las anteriores pretensiones las soporta en los siguientes:

HECHOS

1. El apoderado judicial de la parte actora, manifiesta a su prohijada le reconocieron su estatus pensional, mediante la Resolución No. 345 del 30 de junio de 2005, la cual fue proferida por el extinto Seguro Social, donde liquidó la pensión de la accionante dando aplicación a lo señalado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aludiendo, que en tal sentido, se debía aplicar el monto pensional establecido en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985; sin embargo, sólo le incluyeron la asignación básica.
2. En virtud de lo anterior, señala que el día 26 de marzo de 2016 radicó ante COLPENSIONES, solicitud de reliquidación de la pensión de la demandante, incluyéndose la totalidad de los factores salariales y los aportes patronales y laborales, derivados del pago de la homologación y nivelación salarial, la cual fue efectuada por el Departamento del Tolima, petición que fue resuelta de forma negativa por la demandada, mediante la Resolución No. GNR 94006 del 5 de abril de 2016.
3. Inconforme con la anterior decisión, el apoderado judicial de la actora interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación, los cuales fueron resueltos por COLPENSIONES, confirmando la decisión recurrida, que negó la reliquidación pensional de la demandante.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a través de apoderado judicial, contestó demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, aduciendo que pese a que la Ley 100 de 1993 en su artículo 36 determina que en virtud del Régimen de Transición dará aplicación a normatividad jurídica anterior, precisando así el régimen aplicable conforme el caso concreto, en dicha legislación no hace referencia alguna al monto de la pensión, así como tampoco a los montos integrantes de la misma para ser determinado el IBL, limitándose a establecer los periodos de remuneración, para constituir tal ingreso.

Alude, que el legislador, no buscó mantener a los beneficiarios del régimen de transición, la aplicación en su totalidad de la normatividad que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella, puntualizando tres aspectos de la normatividad anterior, los cuales son: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión, teniéndose este último que ser regido por el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por tanto, al no puntualizar la Ley 100 de 1993, cuáles son los elementos o factores salariales que conforman el ingreso base de liquidación, expresa la parte demandante, se debe acoger el criterio que señala, que el monto de la pensión debe corresponder con el valor de las cotizaciones efectivamente realizadas.

Propone como excepciones: inexistencia de la obligación y prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En providencia proferida el día 20 de mayo de 2020, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Ibagué, accedió parcialmente a las suplicas de la demanda, para lo cual sostuvo:

“(…) Por lo anterior, el régimen pensional que la ampara es el contenido en la Ley 33 de 1985, salvo el periodo e ingreso base de liquidación, que para el presente caso se rige por las reglas de la Ley 100 de 1993 y por su decreto reglamentario.

En ese entendido y en atención a que en los actos administrativos de reconocimiento pensional se observaron los requisitos de edad (55 años), tiempo de servicios (20 años) y porcentaje pensional del 75% conforme a lo normado en el art. 1° de la Ley 33 de 1985, es claro que se aplicaron en debida forma los factores del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

En lo atinente a la reliquidación pensional, con la inclusión de todos los factores salariales, el Decreto 1158 de 1994 y la Ley 62 de 1985 listó la asignación básica, los gastos de representación; las primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; los dominicales y feriados; las horas extras; la bonificación por servicios prestados; y el trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

Teniendo en cuenta la Ley en cita y al estar contemplada la bonificación por servicios prestados dentro de las retribuciones por las que se efectúan aportes, es nítido que la accionante tiene derecho a que se reajuste su pensión de jubilación incluyendo ese factor salarial

Esto aclarado, es preciso ahora establecer si en el presente asunto es o no viable ordenar que los dineros cancelados a la demandante por concepto de nivelación y homologación salarial suponen la revisión y reajuste de la pensión de jubilación de la actora, a objeto de que forme parte del Ingreso Base de Liquidación.

Destaquemos que el cargo que ejercía la actora fue objeto de homologación y nivelación salarial, en razón de lo cual se le reconoció un retroactivo salarial y se niveló su remuneración mensual.

Tal y como se advierte a folios 37 a 44 del expediente, la Gobernación del Tolima - Secretaría de Educación y Cultura - Gestión de Talento Humano certificó que a la actora le fue reajustado su salario, por lo que median diferencias entre los valores tenidos en cuenta al momento del reconocimiento pensional y los producidos por el proceso de nivelación y homologación.

Por ejemplo, en el año 1997 su sueldo era de \$180.113 y con la homologación y nivelación se reajustó a \$326.700; en 1998 su remuneración mensual correspondía a \$208.931 y con la homologación y nivelación se fijó en \$398.600; en 1999 su sueldo mensual correspondía a \$246.539 y como consecuencia del proceso de nivelación y homologación se fijó en \$454.404; en 2000 su sueldo era de \$269.295 y como consecuencia del proceso de nivelación y homologación se fijó en \$496.345; en el 2001 su sueldo era el equivalente a \$293.532 y como consecuencia del proceso de nivelación y homologación se fijó en \$539.776; en 2002 su remuneración mensual era equivalente a \$317.015 y como consecuencia del proceso de nivelación y homologación se fijó en \$573.187; en el 2003 su sueldo mensual equivalía a \$339.206 y como consecuencia del proceso de nivelación y homologación se fijó en \$613.252; y para 2004 su asignación mensual correspondía a \$361.899 y como consecuencia del proceso de nivelación y homologación se fijó en \$656.180.

Así las cosas, es evidente que los nuevos valores en la asignación mensual de la demandante deben repercutir en el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación que percibe, más aún cuando este es el factor que por excelencia y en cualquier régimen constituye la base para el cálculo del monto pensional. No advertirlo condujo a que la demandante devengue una pensión cuyo monto es menor al que le corresponde, razón que basta para declarar la nulidad de los actos administrativos atacados.

Como consecuencia de lo anterior, se ordenará que la entidad demandada revise, liquide y pague la pensión de la señora MARIA MAGDALENA SIERRA MOYA, tomando en cuenta en su ingreso base de liquidación la asignación básica homologada y nivelada, así como incorporando el factor salarial llamado bonificación por servicios prestados, que fue omitido al momento del reconocimiento pensional.

(...)

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de las Resoluciones GNR 94008 del 5 de abril de 2016; GNR 206053 del 13 de julio de 2016; y VPB 32712 del 18 de agosto de 2016, por medio de los cuales se negó el reajuste y reliquidación de la pensión de jubilación de la señora MARIA MAGDALENA SIERRA MOYA, según la motivación.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR a COLPENSIONES que reliquide la pensión de jubilación de la señora MARIA MAGDALENA SIERRA MOYA identificada con la cedula de ciudadanía N°. 28.814.776 expedida en el Líbano (Tolima), con la inclusión de la bonificación por servicios prestados, factor salarial devengado y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar la prestación.

TERCERO: ORDENAR A COLPENSIONES que reliquide la pensión de jubilación de la señora MARIA MAGDALENA SIERRA MOYA, identificada con la cedula de ciudadanía 28.814.776 expedida en el Líbano (Tolima), teniendo en cuenta en el ingreso base de liquidación la asignación básica homologada y nivelada de la demandante, según la motivación.

CUARTO: Declarar probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 2 de marzo de 2013, según la motivación.

QUINTO: Condenar en costas a la parte demandada. Para tal fin se fija como agencias en derecho la suma de cien mil pesos (\$100.000).

SEXTO: A esta sentencia se le dará cumplimiento de acuerdo con lo previsto en los arts. 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

SÉPTIMO: Una vez en firme esta providencia, por Secretaria archívese el expediente, dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor en el sistema de información judicial. (...)"

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado judicial de la entidad demandada interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia, ya que la demandante pretende que le reliquiden su pensión con la inclusión de todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicios, y contrario a ello, la Ley 100 de 1993 en su artículo 36 ha previsto que a los beneficiarios del régimen de transición se les aplicará el régimen anterior, pero dicha norma no se

pronunció sobre el monto de la pensión, así como tampoco previó los factores salariales que lo integran.

Adicional a ello, sostiene que la parte actora al haber instaurado el presente medio de control con posterioridad al 29 de abril del 2015, y ante los nuevos pronunciamientos del Consejo de Estado y la sentencia SU-230 de 2015 proferida por la Corte Constitucional, conlleva a que no haya lugar a la reliquidación pensional deprecada por la actora, al estar los actos administrativos demandados conforme a la normatividad y jurisprudencial, máxime, cuando el Consejo de Estado unificó el tema de reliquidación pensional, mediante sentencia del 23 de agosto de 2018, donde estableció que el ingreso base de liquidación no hace parte del régimen de transición.

Sumado a lo anterior, señala que no está acreditado que los factores que se ordenan incluir por parte del juez de primera instancia, la demandante hubiese efectuado las correspondientes cotizaciones, así como tampoco se observa que sobre la nivelación y homologación salarial de la que fue beneficiario la actora, hubiese realizado los correspondientes aportes a la seguridad social.

En consecuencia, afirma que no es procedente la condena impuesta por el A Quo en contra de Colpensiones, al no estar acreditado que la demandante realizó las cotizaciones a la seguridad social de los factores que se ordenan incluir, por lo que solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 12 de noviembre de 2020, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, y con providencia del 28 de junio de 2021, se corrió traslado a las partes para presentar los alegatos de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera su concepto.

Durante el término concedido, los apoderados judiciales de la parte demandante y de la entidad accionada, allegaron sus alegatos de conclusión, reiterando los argumentos esgrimidos en actuaciones anteriores.

Por su parte, el representante del Ministerio Público, durante el término concedido para que emitiera su concepto, **guardó silencio.**

CONSIDERACIONES

PARTE PROCESAL - COMPETENCIA

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 el fallo de primera instancia estuvo ajustado a derecho, al haber ordenado la reliquidación de la pensión de la demandante, incluyendo la asignación básica y la bonificación por servicios prestados debidamente homologados y nivelados, o si por el contrario no le asiste razón legal como lo alega la entidad recurrente.

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:

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad 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.

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 2005, 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 pensión¹

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

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

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”.

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 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.

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 párrafo 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 periódicamente 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 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.

4. 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 MARÍA MAGDALENA SIERRA MOYA, nació el 12 de septiembre de 1937 (Fl. 54), por lo que para la fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993², la demandante contaba con 57 años de edad, cumpliendo de esta manera con el requisito de edad, exigido por la norma para ser en principio beneficiaria del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993.

Al revisar el tiempo de servicio, se observa la demandante ingresó a laborar al servicio del Departamento del Tolima, como auxiliar de servicios generales desde el 19 de julio de 1977, 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, tiempo que exigía la norma para ser beneficiario de la Ley 6ª de 1945, motivo por el que le es aplicable el régimen contenido en la Ley 33 de 1985.

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, y en tal sentido, le son aplicables las disposiciones previstas en el régimen anterior, esto es, la Ley 33 de 1985.

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 **27 años**, además para dicha fecha tenía **66 años de edad**, cumpliendo de esta manera con los requisitos de tiempo de servicios y edad.

Dispuesto lo anterior, no hay duda para la Sala que a la demandante le nació su derecho a pensionarse con las prerrogativas establecidas en la Ley 33 de 1985, situación que no es objeto de controversia en el presente medio de control.

Así las cosas, a la accionante le es aplicable el régimen contenido en la Ley 33 de 1985 respecto a edad, tiempo y tasa de reemplazo que para este asunto corresponde al 75% conforme al artículo 1° de la Ley 33 de 1985, conforme lo previó la Resoluciones que reconocieron la pensión de la parte actora.

² Para servidores públicos del orden nacional el 1° de abril de 1994 y para empleados del orden, municipal, departamental y distrital, el 30 de junio de 1995.

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 hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. (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 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.”

Revisado el expediente prestacional allegado por la entidad demandada, así como las pruebas aportadas por la parte actora, se advierte que para liquidar la pensión de jubilación de la accionante, solamente se tuvo en cuenta la asignación básica.

Por lo cual, es necesario señalar que 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 de liquidación, incluyendo únicamente los factores salariales enlistados en el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994³:

“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;”*

Al respecto, observa la Sala que la demandante además de la asignación básica, percibió la bonificación por servicios prestados; sin embargo, la entidad accionada no tuvo en cuenta dicho emolumento dentro de su ingreso base de liquidación, a pesar de estar enlistado en el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, siendo procedente su inclusión, tal y como lo consideró el juez de primera instancia.

De otra parte, la entidad recurrente alega que no estuvo ajustado a derecho, que se incluyera dentro del ingreso base de liquidación pensional, la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, como consecuencia del pago de la homologación y nivelación salarial, al no estar probado que hizo aportes a la seguridad social.

Ante ello, se evidencia que a folios 37 a 44 del expediente, reposa la certificación emitida por la Secretaría de Educación y Cultura Gestión de Talento Humano 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, y en virtud del principio del *in dubio pro operario*, se debe acceder a la reliquidación pensional, máxime, teniendo en cuenta el cambio de interpretación jurisprudencial efectuado por el Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

³ 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.

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, tal y como también se manifestó en la sentencia de primera instancia, 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:

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

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 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 incluirse la bonificación por servicios prestados, y adicional a ello, sin tener en cuenta que fue objeto de nivelación y homologación desde el año de 1997 al año 2004, razón por la que es procedente ordenar la reliquidación de la pensión de la señora MARÍA MAGDALENA SIERRA MOYA, en los términos establecidos por el A Quo en la sentencia recurrida.

En ese orden de ideas, la entidad accionada deberá pagar la diferencia resultante entre las mesadas pensionales efectivamente pagadas; sin embargo, es menester MODIFICAR la sentencia de primera instancia, debiéndose precisar, que la reliquidación pensional se efectuara, 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, tales como la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal.

En lo que respecta al tema de la PRESCRIPCIÓN, 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 02 de marzo de 2016, 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 **02 de marzo 2013**, tal y como lo señaló el A Quo.

En consecuencia, se **CONFIRMARÁ PARCIALMENTE** la sentencia proferida el 20 de mayo de 2020, mediante la cual el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Ibagué, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, debiéndose introducir modificación a los numerales segundo y tercero, de conformidad con lo esbozado en la parte motiva de esta providencia.

DE LA CONDENA EN COSTAS

De conformidad con lo señalado en el numeral 5, del artículo 365 del Código General Del Proceso, al haber prosperado parcialmente el recurso de apelación presentado por el apoderado judicial de la entidad demandada, esta instancia se abstendrá en condenar en costas.

De acuerdo a lo anterior se toma la siguiente,

DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia del 20 de mayo de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Ibagué, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- MODIFICAR los numerales segundo y tercero del fallo apelado, quedando de la siguiente manera:

*“(...) **SEGUNDO:** A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR a COLPENSIONES** que reliquide la pensión de jubilación de la señora **MARIA MAGDALENA SIERRA MOYA** identificada con la cédula de ciudadanía N°. 28.814.776 expedida en el Líbano (Tolima), con la inclusión de la **bonificación por servicios prestados**, factor salarial devengado y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar la prestación.*

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 del factor salarial que se incluya y sobre el cual no se haya efectuado la deducción legal.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que reliquide la pensión de jubilación de la señora **MARIA MAGDALENA SIERRA MOYA**, identificada con la cédula de ciudadanía 28.814.776 expedida en el Líbano (Tolima), teniendo en cuenta en el ingreso base de liquidación la asignación básica homologada y nivelada de la demandante y la bonificación por servicios prestados dado el caso que hubiese sido objeto de homologación, y, según la motivación.

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. (...)

TERCERO. - Sin costas.

Expediente: 73001-33-33-002-2017-00201-01
Demandante: MARÍA MAGDALENA SIERRA MOYA
Demandado: COLPENSIONES

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

En cumplimiento de las medidas de aislamiento preventivo decretadas por el Gobierno Nacional para evitar la propagación del COVID 19, la presente providencia fue discutida y aprobada por la Sala a través de medios electrónicos y se notifica a las partes por este mismo medio.

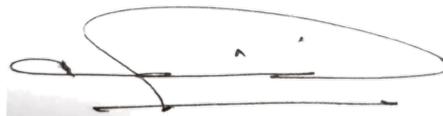
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS
Magistrado



LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA
Magistrado



CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ
Magistrado