



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

Ibagué, veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022)

Expediente: 73001-33-33-002-2019-00077-01
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: MERY RIOS MALAGÓN
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 judicial 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 MERY RIOS MALAGÓN, 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 CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, pretendiendo se declare la nulidad de la Resolución No. RDP 002165 del 23 de enero de 2018, mediante la cual negó la reliquidación de la pensión de Vejez y la nulidad de la Resolución RDP 0014563 del 25 de abril de 2018, que resolvió desfavorablemente el recurso de apelación instaurado en contra de la anterior decisión.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad accionada a reliquidar la primera mesada pensional del causante MARCO TULIO ARIAS (q.e.p.d) hoy representado por su cónyuge supérstite MARY RÍOS MALAGÓN, incluyendo la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicio, y la nivelación salarial de la que fue objeto.

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 a su extinto cónyuge el señor Marco Tulio Arias (q.e.p.d), mediante Resolución No. 27459 del 26 de septiembre de 2002, CAJANAL le reconoció pensión de vejez en cuantía de \$330.863.30, al haber laborado al servicio de la secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima desde el 26 de octubre de 1968 al 16 de junio de 2003, pago que quedó supeditado al retiro definitivo.
2. Señala, que el causante se retiró del servicio el 16 de julio de 2003, por lo cual mediante la Resolución No. 36889 del 04 de noviembre de 2005, su pensión fue reliquidada en n valor de \$374.965 efectiva a partir del año 2003.
3. Manifiesta, que el señor Marco Tulio Arias (q.e.p.d) falleció día 21 de octubre de 2009, razón por la cual el 11 de abril de 2004, en sede judicial le reconocieron a favor de la hoy demandante la pensión de sobreviviente, al acreditarse su calidad como cónyuge supérstite.
4. Indica, que a través de la resolución No. 05011 del 20 de noviembre de 2012, la Secretaría de Educación del Tolima le reconoció la homologación salarial al personal docente y administrativo, y a través de la resolución No. 03806 del 02 de septiembre de 2013 fue reconocida como beneficiara la señora Mary Ríos Malagón.
5. Alude, que la demandante solicitó la reliquidación de la pensión que le había sido reconocida como cónyuge supérstite, siendo resuelta de forma desfavorable mediante la Resolución No. RDP 002165 del 23 de enero de 2018.
6. Manifiesta, que la actora inconforme con la anterior decisión interpuso recurso de apelación, el cual se resolvió mediante la Resolución No. RDP 014563 del 25 de abril de 2018

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

A través de apoderado judicial 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 que 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 devengado por el causante, 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 20 de mayo de 2020, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Ibagué, resolvió acceder parcialmente a las suplicas de la demanda, en cuanto a la reliquidación pensional, pero atendiendo la nivelación salarial de la que había sido objeto el actor, para lo cual manifestó:

“(...) Enlistadas las pruebas relevantes que reposan dentro del expediente, encuentra el despacho que el señor MARCO TULLIO ARIAS (Q.E.P.D) prestó sus servicios personales como empleado público desde el 26 de octubre de 196916, quedando demostrado que era beneficiario del régimen de transición de que trata el art. 38 de la ley 100 de 1993, por cuanto a 1°. de abril de 1994 (fecha de entrada en vigencia del sistema de seguridad social en pensiones en el nivel nacional) contaba con más de 40 años de edad y más de 15 años de servicio.

Por lo anterior, el régimen pensional aplicable es el contenido en la Ley 33 de 1985, a excepción del periodo e ingreso base de liquidación que se rige para el presente caso por la Ley 100 de 1993 y su decreto reglamentario.

En ese entendido, considerando que en los actos administrativos acusados la entidad enjuiciada tuvo en cuenta los requisitos de edad y tiempo de servicios con un porcentaje de 75%, es claro que aplicó en debida forma los Ítems que quedaron supeditados al régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

En lo atinente a la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales, se evidencia que el Decreto 1158 de 1994 no estableció para tales efectos el cómputo de las primas de servicios, de navidad y de vacaciones ni el auxilio de alimentación ni la bonificación por servicio especial, razón por la cual no es procedente tener en cuenta: tales emolumentos para el reconocimiento de la referida prestación.

En atención además a que la entidad demandada liquidó la pensión con el promedio del sueldo devengado durante el año anterior a la adquisición del status pensional, con la inclusión de la bonificación por servicios prestados, es claro que en el presente caso la entidad demandada aplicó el procedimiento correcto.

Lo anterior permite responder de forma negativa al problema jurídico que se planteó y que condujera a negar las pretensiones encaminadas a tal reconocimiento vía judicial.

Examen del segundo problema Jurídico planteado

Como se advirtió en precedencia, las particularidades de este caso hacen necesario resolver si la homologación y nivelación del salario del señor MARCO TULLIO ARIAS A (Q.E.P.D) determina una revisión y reajuste de la pensión, para que aquel sea incluido como IBL de la pensión de sobrevivientes que hoy disfruta la demandante.

Evoquemos que desde la fijación del litigio en el curso de la audiencia inicial, se señaló que al señor ARIAS A. le fueron homologados y nivelados sus salarios por ser empleado administrativo y pasó a devengar, cuando menos · para los años 2002 y 2003 una asignación básica superior a la que se había tenido en cuenta en la liquidación de su pensión: en la vigencia 2002 su asignación aumentó de \$325.906 a \$573.187 y para el año 2003 pasó de \$348.720 a \$613.252 59-60).

A pesar de ese aumento que acreditó la demandante ante la UGPP y la petición que elevó para que esa nueva cuantía de la asignación básica repercutiera en el IBL de la pensión, la entidad denegó la petición a través de las Resoluciones N°. RDP 002165 del 23 de enero de 2018 y N°. 014563 del 25 de abril de 2018, actos administrativos hoy acusados, dejando de lado su deber de calcular el IBL con la asignación básica que en realidad

había devengado el empleado público, máxime cuando es este factor el que por excelencia y en cualquier régimen se toma como base para calcular la pensión, lo que ha hecho que la demandante reciba una pensión inferior a la que realmente le corresponde.

Ello amerita la declaratoria de nulidad parcial de los actos acusados y el correspondiente restablecimiento del derecho, con la orden a la UGPP de revisar, liquidar y pagar la pensión de la accionante, tomando en cuenta para el IBL, la asignación básica homologada y nivelada al señor MARCO TULIO ARIAS A. (Q.E.P.D).

8. Prescripción

El Decreto 3135 de 1968 en su art. 41 fijó la regla general de los tres (3) años de prescripción frente a los derechos laborales. Esa norma fue luego reglamentada por el Decreto 1848 de 1969 el cual en su art. 102 estableció que los derechos laborales prescriben en tres (3) años contados desde que la respectiva obligación se hizo exigible, el reclamo ante la autoridad competente interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

*(...) prestación, es decir excedió el espacio temporal de tres años que contempla la norma, radicando la demanda respectiva el 12 de febrero de 2019 (11. 64). Por tanto, la prescripción operará teniendo como referencia la fecha de presentación de la reclamación administrativa, motivo por el cual obra efectos para las mesadas anteriores al **16 de noviembre de 2014** y sólo a partir de esa fecha la demandante recibirá el valor de las diferencias entre lo devengado y lo que debía haber devengado.*

(...)

RESUELVE

PRIMERO: *Declarar la nulidad parcial de las Resoluciones N°. RDP 002165 del 23 de enero de 2018 y RDP 014563 del 25 de abril de 2018, proferidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, según la motivación.*

SEGUNDO: *A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES -UGPP-** a revisar, liquidar y pagar la pensión de sobreviviente de la señora MARY RÍOS MALAGÓN, tomando en cuenta en el Ingreso Base de Liquidación, la asignación básica homologada y nivelada del causante MARCO TULIO ARIAS AGUIAR providencia desde el **16 de noviembre de 2014** y hasta el día en que se incorpore en la mesada pensional el respectivo reajuste.*

CUARTO: *Declarar probada la excepción de prescripción con relación a las diferencias de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 16 de noviembre de 2014, según la motivación.*

QUINTO: *Las sumas que resulten a favor de la parte actora, se deberá actualizar conforme lo establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

SEXTO: *DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.*

SÉPTIMO: *A la presente sentencia se le dará el cumplimiento en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

OCTAVO: *CONDENAR en costas procesales a la parte demandada. Para tal fin se fija como agencias en derecho la suma de CIEN MIL PESOS (\$100.000). (...)*

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado judicial de la UGPP, interpuso recurso de apelación solicitando que se nieguen las pretensiones de la demanda, reiterando que a la accionante no le asiste derecho a la reliquidación pensional solicitada, al carecer de sustento factico y jurídico, pues si bien es cierto, el señor Marco Tulio Arias esta amparado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, tiene derecho a que se pensione con la edad, monto y tiempo de servicio contemplado en la Ley 33 de 1985, tal y como se reconoció.

Ahora bien, frente a la diversidad de criterios jurisprudenciales en cuanto a la aplicación del régimen de transición, es menester dar íntegra aplicación a la sentencia C-634 de 2011, SU-230 de 2015 y SU 427 del 2016, proferidas por la Corte Constitucional, a través de la cual logró determinar que el IBL no es un aspecto de la transición, y por lo tanto, se deben tomar las contempladas en el decreto 1158 de 1994, siendo esta la mejor postura conforme a lo contemplado en la Constitución y la Ley, por lo tanto para CAJANAL como para la UGPP, no es menester determinar el IBL fuera de los parámetros contemplados en el Decreto 1158 de 1994.

Bajo estos términos, solicita que se aplique el criterio unificado plasmado por el Consejo de Estado en las providencias anteriormente referidas que apoyan la postura planteada por la Corte Constitucional, teniendo en cuenta el alcance del artículo 10 de la ley 1437 de 2011, el cual señala que, al momento de resolver asuntos de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es menester aplicar las sentencias de unificación de jurisprudencia del órgano de cierre en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

Corolario de lo anterior, señala que LA EXTINTA CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL CAJANAL EICE reconoció a través de la Resolución No 36889 del 04 de noviembre de 2005 al señor MARCO TULIO ARIAS AGUIRAR (Q.E.P.D) todos los emolumentos acreditados por el causante al momento del retiro del servicio, es decir el 16 de junio de 2003, sin reconocer derecho alguno a favor de la señora MARY RIOS MALAGON, observándose que en la sentencia de primer grado se ordenó incluir en el Ingreso Base de Liquidación la asignación básica homologada, conforme a las sumas reconocidas dentro del Proceso de Homologación y Nivelación Salarial surtido por el Departamento del Tolima.

Por lo cual el recurrente indica que la Resolución No. 36889 del 04 de noviembre de 2005 ordenó tener en cuenta el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el señor MARCO TULIO ARIAS AGUIAR (Q.E.P.D) durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, esto es desde el 01 de abril de 1994 hasta el 15 de junio de 2003 conforme al régimen de transición que cobija al causante en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y a la fecha de retiro del servicio.

Ante dicha circunstancias, el recurrente arguye que esto no resulta acorde a lo ordenado por el A Quo, dado que, conforme documental que obra en el plenario, se ordena homologar la asignación básica teniendo en cuenta el Proceso de Homologación y Nivelación Salarial del Departamento del Tolima surtido a través de la Resolución No. 05011 del 20 de noviembre de 2012 y la Resolución No. 05603 del 23 de diciembre de 2012, por ser el señor ARIAS AGUIAR (q.e.p.d) beneficiario del proceso de Homologación y nivelación salarial para su caso, desde el 01 de enero de 1997 al 31 de diciembre de 2009.

En consecuencia, la UGPP señala que en caso de una eventual condena, no sería posible acceder a incluir valores de homologación y nivelación salarial en periodos diferentes a los mencionados en el Acto Administrativo del 04 de noviembre de 2005, dado que el causante se retiró del servicio el 15 de junio de 2003, aludiendo, que de lo contrario, la orden impartida excede el petitum demandatorio, 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 18 de mayo de 2021, el Tribunal Administrativo del Tolima admitió recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, y con providencia del 06 de octubre de 2021, se corrió traslado a las partes para presentar los alegatos de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera su concepto.

Dentro del término concedido los apoderados judiciales de la actora y la demandada, allegaron sus alegatos de conclusión reiterando los argumentos esbozados en actuaciones anteriores.

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 la decisión de la juez de primera instancia estuvo ajustada a derecho, al haber ordenado la reliquidación pensional de la demandante, incluyendo la asignación básica de la causante debidamente homologada al haber sido objeto de dicho proceso de nivelación y homologación salarial, o si por el contrario, se deben negar las pretensiones de la demanda como alega el 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:

*“... 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 artículo 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, tuvieran 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

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)

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”.

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 1°.** 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 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 el señor MARCO TULIO ARIAS AGUIAR (q.e.p.d), nació el 15 de marzo de 1946 (Fl. 144), que

para la fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993², el causante contaba con 48 años de edad, cumpliendo de esta manera con el requisito de la edad, exigido por la norma para ser beneficiario 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.

Por lo anterior, no existe duda que el extinto señor MARCO TULLIO ARIAS AGUIAR (q.e.p.d), era beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en consecuencia, le eran 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 eran satisfechos por el causante, en tanto que según se desprende del acto de reconocimiento pensional, para ese momento contaba con un tiempo de servicios de más de **33 años**, además para dicha fecha tenía **55 años de edad**, cumpliendo de esta manera con los requisitos de tiempo de servicios y edad. Se resalta que fue retirado del servicio el 16 de junio de 2003.

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

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.

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 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, 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;”*

De conformidad con lo esgrimido, se dilucida que la demandante pretendía que le reliquidaran la pensión que percibe en virtud al fallecimiento de su cónyuge, con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios tales como la prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y auxilio de alimentación, los cuales no son procedentes incluir, al causante no haber realizado cotización sobre esto, como quiera que no se encuentran enlistados en el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994.

No obstante, la demandante también solicita que se reliquidara la pensión con la asignación básica nivelada y homologada, ya que su cónyuge había sido Objeto de un proceso de nivelación, lo cual está acreditado con la Resolución No. 05011 del 20 de noviembre de 2012, pretensión a la que

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.

accedió el juez de primera instancia, y por la cual la UGPP instauró recurso de apelación, aludiendo que no hay lugar a dicha pretensión.

Se precisa que a folios 58 a 62 del plenario, reposa la Resolución No. 05011 del 20 de noviembre de 2012, proferida por el Departamento del Tolima mediante la cual se realizó el proceso de la homologación y nivelación salarial para el personal administrativo adscrito a la Secretaría Departamental, de la cual fue beneficiario el extinto MARCO TULIO ARIAS (q.e.p.d), desde el 30 de septiembre de 1997 al 16 de junio de 2003, fecha en que se retiró del servicio.

Por lo anterior, el Departamento del Tolima expidió la Resolución No. 03806 del 02 de septiembre de 2013, mediante la cual reconocía mejor derecho a favor de la hoy demandante, como consecuencia del proceso de nivelación y homologación salarial de su extinto cónyuge, pago que se haría de las diferencias comprendidas entre el 01 de enero de 1997 al 31 de diciembre de 2009, como se dejó dispuesto en dicho acto administrativo. la diferencia

Ante dichas circunstancias, no existe duda que el causante participó del proceso de nivelación y homologación salarial, lo que sin duda alguna conlleva a concluir a la Sala que existen 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, y en virtud del principio del *in dubio pro operario*, se debe acceder 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 aplicarse⁴, pues un ejemplo es que para el año 2002 su asignación era de \$325.906 y aumentó a \$573.187 y para el año 2003 percibió \$348.720 a \$613.252, tal y como se desprende de las pruebas que reposan a folios 59 a 60 del plenario.

Por ello, atendiendo que el cónyuge de la causante 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, le asiste derecho a que la pensión de vejez que fue reconocida a través de la sustitución pensional, le sea reliquidada de acuerdo al proceso de nivelación y homologación de la que

⁴ Ver folios 5 a 14 del cuaderno de pruebas No. III de la parte demandante.

fue objeto, pues la misma tiene incidencia en el quantum de su mesada pensional, tal y como accedió el Juez de primera instancia.

En ese orden de ideas, no es de recibo los argumentos de apelación de la entidad demanda, al señalar que a la parte accionante no le asiste derecho a la reliquidación, pues el A Quo fue claro al señalar que se reliquide la pensión de sobreviviente teniendo en cuenta el ingreso de base de liquidación, la asignación básica homologada y nivelada de la que fue objeto el extinto señor marco tulio aria Aguiar (q.e.p.d), pero que atendiendo el fenómeno de la prescripción, las diferencias causadas serán pagadas desde el 16 de noviembre de 2014, escenario que se ajusta a derecho.

Por las razones esbozadas, se CONFIRMARÁ la sentencia proferida el veinte (20) de mayo de dos mil veinte (2020), mediante la cual el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Ibagué, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo esgrimido en la parte motiva de esta providencia.

CONDENA EN COSTAS

De conformidad con el artículo 188 del CPACA, y en concordancia con el numeral 4 del artículo 365 y el artículo 366 del Código General del Proceso, condénese en costas de esta instancia a la entidad 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. Líquidense de conformidad con el artículo 366 del Código General del Proceso.

De acuerdo a lo anterior se toma la siguiente,

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.- CONFIRMAR la sentencia del veinte (20) de mayo de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Ibagué, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Condénese en costas de esta instancia a la entidad demandada, siempre y cuando se encuentren causadas y probadas, de conformidad con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

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

TERCERO.- Una vez en firme la presente decisión, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada en la Sala de Decisión de la fecha, y se firma electrónicamente por los integrantes de la Sala.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS
Magistrado



LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA
Magistrado



CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ
Magistrado