



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Ibagué-Tolima, catorce (14) de febrero de dos mil veinte (2020)

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **TERESA JARAMILLO DE RIVERA**
Demandado: **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA- FONDO**
TERRITORIAL DE PENSIONES
Radicación: **73001-33-33-003-2019-00209-00.**

ASUNTO

Procede este Juzgado a emitir sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, dentro del presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de la señora Teresa Jaramillo de Rivera contra el Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES¹

- 1.1. Que se declare la nulidad de la Resoluciones Nos. 9534 del 15 de noviembre de 2017, 826 del 21 de marzo de 2018 y 0291 del 19 de diciembre de 2018, por medio de los cuales se niega la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante con inclusión de todos los factores salariales.
- 1.2. Que se declare que la demandante tiene derecho a que el Departamento del Tolima – Dirección Fondo Territorial de Pensiones, reliquide y pague la pensión de jubilación, con inclusión de todos los factores salariales durante el año inmediatamente anterior al retiro definitivo.
- 1.3. Que se condene a la demandada, a reconocer, reliquidar y pagar a la parte demandante, la pensión de jubilación, tomando para ello no solo la última asignación devengada, sino también incluyendo todos los haberes devengados tales como prima de navidad, prima de alimentos, auxilio de transporte, prima de vacaciones y demás factores percibidos el último año de servicios.
- 1.4. Que se ordene a la demandada, que reconozca y pague debidamente indexado el retroactivo pensional dejado de pagar, desde la causación del derecho hasta la fecha de cumplimiento de la sentencia, con base en la fórmula:

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

- 1.5. En caso de ordenar descontar aportes devengados y no cotizados, se ordene aplicar la prescripción trienal, de conformidad con lo establecido en el artículo 488 del C.S del T.

¹ Folios 2-3

- 1.6. Se condene a la entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas, se indexen los valores tomados como cómputo del I.B.L a valor real y presente.
- 1.7. Se condene a la demandada a que reconozca y pague los intereses comerciales y moratorios a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia.
- 1.8. Una vez efectuado lo anterior se liquide nueva mesada pensional y en consecuencia liquide la diferencia entre lo pagado y dejado de pagar tomando como base la primera mesada y en progresión aritmética y geométrica, tomando como base el IPC año a año, en regresión compuesta hasta llegar a concluir el monto total final de la pensión.
- 1.9. Se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido en el artículo 192 del CPACA.
- 1.10. Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

2. HECHOS RELEVANTES

- 2.1. Que la Caja de Previsión Social del Tolima, mediante Resolución No. 595 del 3 de mayo de 1984, reconoció pensión de jubilación a la actora, sin tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados, como lo son la prima de navidad, prima de vacaciones y demás emolumentos devengados por la demandante en el año de consolidación del status pensional.
- 2.2. Que a la demandante se le tuvo como base para la liquidación de la pensión, el 75% de lo devengado durante el último año de servicios.
- 2.3. Que mediante Resolución No. 0434 del 15 de mayo de 1998, se reliquidó la pensión de la demandante por retiro del servicio, sin tener en cuenta todos los factores devengados.
- 2.4. Que el día 09 de octubre de 2017, la demandante solicitó al Departamento del Tolima, la reliquidación de la pensión de jubilación, para que se incluyeran la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicio.
- 2.5. Que mediante Resolución No. 9534 del 15 de noviembre de 2017, se resolvió de manera negativa la petición de reliquidación de la pensión de jubilación.
- 2.6. Que se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la resolución antes mencionada, siendo resueltos con las Resoluciones No. 826 del 21 de marzo de 2018 y 291 del 19 de diciembre de 2018, confirmando ambas la decisión atacada.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

Se opone a las pretensiones de la demanda, aduciendo como argumento central, que la pensión de la demandante fue reconocida con fundamento de la Ordenanza 057 de 1966, resultando improcedente la reliquidación de la prestación económica,

² Folios 94-105

Medio de Control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante : TERESA JARAMILLO DE RIVERA
Demandado : DEPARTAMENTO DEL TOLIMA- FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES
Expediente : 73001-33-33-003-2019-00209-00

toda vez que la misma fue reconocida como una pensión de carácter especial, cuyos requisitos y factores salariales fueron tenidos en cuenta a la fecha del reconocimiento.

4. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 20 de mayo de 2019 (Fol. 1), luego inadmitida por el Juzgado, pero una vez subsanadas las falencias, a través de auto del 03 de julio de 2019, fue admitida (Fol. 115); vencido el término de traslado para contestar, mediante auto del 10 de diciembre de 2019 se fijó fecha para la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del CPACA (Fol. 151), la cual se llevó a cabo el día 07 de febrero de 2020 (Fol.169-297), en ella se realizó el saneamiento del proceso, se analizaron los requisitos de procedibilidad, se fijó el litigio, se evacuó el trámite correspondiente a las posibles fórmulas de conciliación, sin que las partes llegaran a un acuerdo, se decretaron las pruebas pedidas y al no haber pruebas pendientes por practicar, se otorgó a las partes la oportunidad para la presentación de sus alegatos de conclusión dentro de la diligencia, derecho del cual hicieron uso, reiterando las posturas ya expuestas en su intervención inicial.

Así las cosas, al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, el Despacho procede a decidir la controversia conforme a las siguientes

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente este Despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibídem*.

2. ANÁLISIS SUSTANCIAL

Con miras a resolver la presente controversia, se determinará: *i) problema jurídico ii) Posición del Consejo de Estado sobre el reconocimiento pensional y reliquidación bajo la ordenanza 057 de 1966 iii) Aplicación del principio de favorabilidad iv) Sentencia de Unificación del IBL en el Régimen Pensional Docente - SUJ-014-CE-S2-2019, v) Interpretación del Régimen de transición de la Ley 33 de 1985 vi) caso concreto, vii) prescripción, viii) actualización de la condena e intereses.*

i) Problema Jurídico

Consiste en determinar si la demandante, tiene derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación de la cual es beneficiaria en virtud de la ordenanza 057 de 1966, con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año anterior al retiro del servicio.

ii) Posición del Consejo de Estado sobre el reconocimiento pensional y reliquidación bajo la ordenanza 057 de 1966:

Se debe indicar que la Asamblea Departamental del Tolima expidió la Ordenanza 057 de 1966, en cuyo artículo 25 determinó que los maestros tendrían derecho a la pensión de jubilación cuando cumplieran con **20 años** de servicios en el ramo oficial sin interesar la edad, y aún incluso frente a aquellos que habiendo laborado en el sector privado por cinco (5) años, igualmente lo hicieron para el magisterio por otros quince (15) años más. Concretamente señalaba la norma en comentario:

“Art. 25.- Las pensiones de jubilación de maestros serán las decretadas por la Secretaría de Educación Pública, tan pronto como el titular del derecho haya cumplido veinte años de servicios continuos o discontinuos en el ramo oficial, sin consideración a su edad. Los maestros que hubieran servido en el magisterio oficial del Tolima durante quince años, y otros cinco por lo menos en establecimientos privados, impartiendo enseñanza primaria o secundaria en el Departamento, tendrán derecho a la pensión de jubilación” (Subrayó el Juzgado)

Sin embargo, dicha disposición fue retirada del ordenamiento jurídico por el Tribunal Administrativo del Tolima, teniendo en cuenta que las Asambleas Departamentales no tienen competencia para regular esta materia, al tratarse de una atribución del legislador en coordinación con el ejecutivo nacional, decisión que fue confirmada por el Consejo de Estado el 29 de noviembre de 1993³, quien aclaró que ello no implicaba desconocer las pensiones que ya se hubieren adquirido, las cuales quedaron convalidadas con el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, que saneó las pensiones que habían sido reconocidas con sustento en regulaciones locales.

Frente a la revisión y reliquidación de estas pensiones, aunque en un principio se sostuvo por el Consejo de Estado que era improcedente por tener su origen en una norma declarada nula⁴, en sentencia del 18 de febrero de 2010, consideró que a pesar de que la pensión fue reconocida en los términos de la anulada Ordenanza 057 de 1966, para efectos de su reliquidación, está sujeta a las normas que regulan la pensión ordinaria de jubilación de los docentes⁵. Al respecto sostuvo la providencia:

“La actora fue pensionada al cumplir el requisito “tiempo de servicio” que la Ordenanza 057 de 1966 estableció, pero está sola circunstancia no le otorga el carácter de especial al derecho pensional que en todo caso está sujeto a las normas que regulan la pensión ordinaria de jubilación de los docentes, en cuanto a los factores que conforman la base liquidatoria.

Sobre este punto y como la actora fue pensionada bajo la vigencia de la Ley 33 de 1985, ha de precisarse que la normatividad aplicable para determinar la base liquidatoria, es la ley 62 de 1985.

[...]

En un punto a la solicitud de reliquidación de la mesada pensional destaca la Sala que no se comparten los argumentos consignados en la providencia recurrida sobre la imposibilidad de peticionar esta reliquidación y el reajuste del derecho pensional por haberle sido reconocida en virtud de la Ordenanza 057 de 1966 que finalmente fue anulada por la autoridad administrativa, porque, a pesar de que el reconocimiento se dio bajo unos requisitos especiales (los previstos en la referida ordenanza) ello no le resta el carácter de ordinaria a dicha pensión, máxime cuando la petición procura la aplicación de las normas reguladoras de la pensión ordinaria de jubilación[...].” (Negritas fuera del texto)

³ Sentencia 5579. M.P. Álvaro Lecompte Luna.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del siete (7) de junio de dos mil siete (2007). CP. Alejandro Ordóñez Maldonado. Rad. 730012331000200003669. Actor: Daniel Molano Rengifo.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010). CP. Gerardo Arenas Monsalve. Rad.73001233100020040250901. Actor: Ana Lindelia Valderrama Parra.

Medio de Control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante : TERESA JARAMILLO DE RIVERA
Demandado : DEPARTAMENTO DEL TOLIMA- FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES
Expediente : 73001-33-33-003-2019-00209-00

Esta posición ya había sido fijada por la Sección Segunda en sentencia del 24 de abril de 1997⁶, en la que se señaló que *“el hecho de que estos docentes del departamento por virtud del artículo 25 de la Ordenanza 57 pudieran acceder a la pensión de jubilación ordinaria en una forma más ventajosa que la fijada a los demás servidores públicos... solo significa que se trata de una pensión de jubilación con regulación especial, no de una pensión especial diferente a la de jubilación”*, ya que esa Ordenanza *“no creó una prestación especial sino que lo que hizo fue señalar unos requisitos especiales para el reconocimiento de la pensión de jubilación de los maestros”*; razón por la que no podrán después pretender se les reconozca otra pensión ordinaria de jubilación.

Bajo estos supuestos es que, en la providencia del 18 de febrero de 2010, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, precisó que la reliquidación de esas pensiones se debe efectuar con fundamento en las leyes que regulan la pensión ordinaria de jubilación.

iii) **Aplicación del principio de favorabilidad.**

En este punto es menester indicar que, si bien no hay aún sentencia de unificación sobre el tema, el Honorable Consejo de Estado ha convalidado la tesis planteada en la sentencia del 18 de febrero de 2010, en sendas providencias emitidas en procesos de tutela, donde ha amparado los derechos fundamentales de diferentes docentes a quienes les fue reconocida su pensión con fundamento en la Ordenanza 057 y en el trámite del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, vieron derrotadas sus pretensiones encaminadas a obtener la revisión o la reliquidación de su pensión, bajo el argumento de la improcedencia de la reliquidación por el origen de la pensión; considerando en tales casos el órgano de cierre, que la decisión judicial comportaba la trasgresión de derechos fundamentales y para su amparo, resolvió ordenar al Tribunal Administrativo del Tolima, que dictara nueva sentencia en la que acogiera la tesis más favorable al trabajador en esta materia⁷. Concretamente mencionó en una de sus providencias:

“La Corte Constitucional ha señalado que al existir dos posiciones contrarias pero razonables frente al mismo tema por parte del Consejo de Estado, órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, los Tribunales deben hacer uso de los poderes constitucionales y legales para la defensa de los derechos fundamentales, para considerar las circunstancias más favorables existentes sobre la materia sometida a su juicio, de lo contrario incurren en violación directa del artículo 53 de la Constitución Política⁸.”

Frente a las dos interpretaciones contrapuestas, una menos restrictiva que la otra, la Sala considera que la interpretación más adecuada frente al principio constitucional de favorabilidad en materia laboral, será aquella que respete la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho. Como se aprecia, el principio de favorabilidad opera en caso “de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho” (art. 53 de la Constitución), por lo tanto, cuando una norma laboral admita dos o más interpretaciones razonables, el intérprete

⁶ Expediente 13.005, CP. Dolly Pedraza de Arenas.

⁷ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN CUARTA-Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO-Bogotá, D.C., primero (1) de agosto de dos mil dieciocho (2018)-Radicación número: 11001-03-15-000-2017-00981-01(AC)-sentencia 10 de mayo de 2018. Actor: DALILA TRONCOSO DE TRUJILLO-Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA; consejo de estado- sección cuarta – rad. 11001-03-15-000-2017-00969-01 Actor: Rosa Amelia Arce. demandado: Tribunal Administrativo del Tolima.

debe elegir aquella que sea más favorable al trabajador. De no hacerlo, incurriría en violación directa de la Constitución.

En efecto, en sentencia T-024 de 2018⁹, en la que se decidió un asunto con similares supuestos fácticos (reliquidación por Ordenanza 057 de 1966), la Corte Constitucional precisó que la tutela contra providencias judiciales por violación directa de la Constitución, procede cuando:

“a) En la solución del caso se deja de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional;

b) Se trata de la violación evidente a un derecho fundamental de aplicación inmediata;

c) Los jueces, con sus fallos, vulneran derechos fundamentales porque no tiene en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución; y

d) Si el juez encuentra, deduce o se le interpela sobre una norma incompatible con la Constitución, y no aplica las disposiciones constitucionales con preferencia a las legales (excepción de inconstitucionalidad).”

Al aplicar las anteriores consideraciones al asunto debatido, se observa que de las dos interpretaciones posibles frente a la reliquidación de las pensiones originadas en la ordenanza 057 de 1966, una efectuada por la sentencia del 7 de junio de 2007 y la otra en el fallo del 18 de febrero de 2010, la más favorable al trabajador es la interpretación amplia asumida por esta Corporación en la providencia del 2010, por lo que, según el artículo 53 de la Constitución, en conjunción con el artículo 4 ibídem, es la que deben seguir todas las autoridades públicas al desarrollar los principios y derechos constitucionales.

Para esta Sala, al confirmar el Tribunal cuestionado la sentencia de primera instancia dentro de proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, que negó las pretensiones de la señora Dalila Troncoso de Trujillo acogiendo la interpretación fijada en la sentencia de 7 de junio de 2007, incurrió en este defecto especial de procedibilidad de tutela contra providencia judicial, al aplicar la interpretación menos favorable de los dos propuestos por esta Corporación frente a la reliquidación de pensiones adquiridas en virtud de la Ordenanza 057 de 1966. (Subrayado fuera del texto)”

Así las cosas, es evidente que al existir dos interpretaciones contrarias pero razonables frente al mismo tema, se debe tomar la postura más favorable al trabajador, de conformidad con el artículo 53 de la Constitución Política, es por ello que el despacho procederá acoger la tesis planteada por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la providencia del 18 de febrero de 2010, para estudiar la reliquidación en el contexto de una pensión ordinaria de jubilación docente.

iv) Sentencia de Unificación del IBL en el Régimen Pensional Docente - SUJ-014-CE-S2-2019.

Como la pensión en el caso bajo estudio debe analizarse como si se tratara de una pensión de jubilación ordinaria de docente, es propicio recordar que el máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, profirió la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 el 25 de abril de 2019, sobre el tema de los factores salariales que hacen parte del ingreso base de liquidación del personal

Medio de Control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante : TERESA JARAMILLO DE RIVERA
Demandado : DEPARTAMENTO DEL TOLIMA- FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES
Expediente : 73001-33-33-003-2019-00209-00

docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, haciendo el respectivo análisis a partir de dos regímenes: El primero, al que pertenecen los docentes afiliados al FONPREMAG que se vincularon al servicio antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 y el segundo, constituido por los docentes afiliados al FONPREMAG que se vincularon al servicio a partir de la vigencia de la Ley 812 de 2003.

Para el estudio que corresponde en este fallo, el Juzgado extractará de la sentencia de Unificación, lo que concierne al primer régimen, es decir, al de los docentes oficiales vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003:

La sentencia de Unificación recordó que el gremio docente se encuentra excluido del Régimen de Seguridad Social General, por disposición expresa del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y por ende, no son beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de dicha ley, ni les aplica su artículo 21 en materia de ingreso base de liquidación del monto de la mesada pensional.

Así, indicó que el régimen pensional aplicable a dicho grupo de servidores públicos es el consagrado en la Ley 91 de 1989, disposición normativa que no consagró requisitos ni condiciones especiales para acceder a la pensión de jubilación, por tanto y en aplicación del literal B del numeral 2 del artículo 15 de la citada Ley 91 quedó establecido que tales presupuestos serían los consagrados en el régimen de los servidores públicos consagrado en la Ley 33 de 1985, con ello ratificó la tesis reiterada de la sección Segunda, con respecto a que los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al FONPREMAG y exceptuados del Sistema General de Pensiones, no gozan de un régimen especial de jubilación, sino que están sometidos al régimen de los servidores públicos del orden nacional.

Al concluirse que el régimen aplicable al sector docente es el mismo de los servidores públicos del orden nacional, contenido en la Ley 33 de 1985, adujo que así mismo el ingreso base de liquidación sería el consagrado en el artículo 3º de dicha disposición normativa, la cual fue modificada por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985. Puntualmente fijó la siguiente regla, que será el pilar de esta sentencia:

"En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo."

Con la emisión de esta sentencia de unificación, quedó definido que la base de liquidación pensional para los docentes nacionales, nacionalizados y vinculados con la Ley 89 de 1991, corresponde únicamente a los factores salariales respecto de los cuales se efectuaron aportes de conformidad con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 durante el último año de servicios, postura ésta que ya había sido acogida por este Despacho Judicial con anterioridad.

v) Interpretación del Régimen de transición de la Ley 33 de 1985:

Es necesario recordar también, que la Ley 33 de 1985, que rige desde el 13 de febrero de 1985, fecha de su promulgación, consagra un régimen de transición en su artículo 1º parágrafos 2 y 3, que condicionó su aplicación así:

- Los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
- Los empleados oficiales que a la fecha de entrar a regir hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones sobre edad pensional que regían con anterioridad.
- Y los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de la Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores.

Se debe precisar que este Despacho venía sosteniendo la tesis según la cual, a los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 33 de 1985 se les debía aplicar la normatividad anterior, no solo frente a la edad sino también a todos los demás componentes, incluido por su puesto el ingreso base de liquidación, que en consecuencia debía entenderse integrado por todos los factores de salario devengados, porque de no hacerse así, se desconocería el principio mínimo fundamental consagrado en el artículo 53 de la Carta Política que establece la *"situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho"*¹⁰

Sin embargo, en recientes sentencias, el superior funcional ha revocado las decisiones de este Despacho, que con fundamento en dicha interpretación venían accediendo a las pretensiones de reliquidación pensional con todos los factores salariales para el caso de los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 33 de 1985. Al respecto, el Tribunal Administrativo del Tolima en fallo del 19 de septiembre de 2019, en la radicación 73001-33-33-003-2016-00323-01, con ponencia del Magistrado Ángel Ignacio Álvarez Silva, indicó:

"...considera así mismo que erró el A quo, al manifestar que el régimen pensional de la actora es la Ley 6a de 1945 y el Decreto 1045 de 1978, por haber laborado más de 15 años con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 por cuanto, si bien es cierto la demandante demostró que a 29 de enero de 1985, fecha en la que entró a regir la mencionada Ley, contaba con más de 15 años de servicio, el régimen de transición previsto para tal situación indica que se aplicará la edad prevista para pensión en el anterior régimen, pero en lo demás, se le dará plena aplicación a la Ley 33 de 1985.

(...)

En consecuencia, la decisión de primera instancia debe mirarse, en este momento, a la luz de lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985 y con las previsiones constitucionales del Acto Legislativo 01 de 2005"

Por lo anterior, el Despacho acoge el criterio del superior funcional para advertir que la transición que cobija a quienes al entrar a regir la Ley 33 de 1985 tenían 15 o más años de servicio, pero no habían consolidado su status pensional, solamente implica la aplicación de las normas de edad que regían con antelación, como el propio artículo 1º Ibidem lo señala. En lo demás, la pensión queda sometida a la Ley 33 de 1985 y la normatividad que con posterioridad se expida.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 7 de octubre de 2010, radicación número: 25000-23-25-000-2002-02392-01(0265-07).

Para determinar las implicaciones que tiene esta tesis de la aplicación íntegra de la Ley 33 en aspectos tales como el Ingreso Base de Liquidación, es pertinente recordar que en la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado calendarada el **4 de agosto de 2010**, expediente No. 0112-09, Consejero Ponente Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en material laboral, consideró el órgano de cierre que la Ley 33 de 1985 no indicaba en forma taxativa los factores salariales que conformaban 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 servicios.

Esta postura perdió vigencia con la sentencia del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018, con ponencia del Magistrado César Palomino Cortés, radicado No. 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ), la cual se aclara, tiene en principio como destinatarios a los servidores públicos beneficiarios de la transición del artículo 36 de la Ley 100. En esta sentencia se unificó jurisprudencia sobre el período y los factores base de liquidación pensional de los beneficiarios de la transición de la Ley 100, empero, también se ocupó el Consejo de Estado de señalar que 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.**

Igualmente, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo refiere que 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.

En ese orden de ideas, el órgano de cierre concluye:

“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.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad

debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema". (Negrillas del despacho).

Con lo dicho, el Despacho destaca de la jurisprudencia vigente que:

- Para los efectos del reconocimiento pensional establecido en el régimen general de la Ley 33 de 1985, solamente pueden ser tomados como factores de liquidación, aquellos sobres los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.
- Quienes al momento de entrar a regir la Ley 33 de 1985 (febrero 13 de 1985), ya habían cumplido 15 años de servicio, se les aplicarán las disposiciones sobre edad pensional que regían con anterioridad, pero aspectos tales como el ingreso base de liquidación, queda sometido a la nueva norma.
- **Solamente a quienes al momento de entrar a regir la Ley 33 de 1985 (febrero 13 de 1985), ya habían cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación y/o pertenezcan a un régimen especial o excepcional, dicha prestación continuará rigiéndose por las normas anteriores.**

vi) Caso concreto

Como hechos probados relevantes para resolver el litigio encontramos los que a continuación se relacionan:

<ul style="list-style-type: none"> • La señora Teresa Jaramillo de Rivera, nació el 02 de noviembre de 1935 y estuvo vinculada al servicio docente oficial del Departamento del Tolima desde el 01 de febrero de 1962 y hasta el 16 de mayo de 1996, fecha de retiro del servicio. 	Fol. 54-56.
<ul style="list-style-type: none"> • Tomando en cuenta que la demandante acreditó la prestación de servicios como maestra oficial durante más de 20 años, acudiendo a la Ordenanza 057 de 1966, la extinta Caja de Previsión Social del Tolima, mediante Resolución 0595 del 3 de mayo de 1984, reconoció a favor de la señora Jaramillo de Rivera, una pensión mensual de jubilación vitalicia, en cuantía de \$ 12.922,10 con efectos <u>a partir del 6 de marzo de 1982.</u> • Dicha pensión se reconoció en cuantía equivalente al 75% de lo devengado entre el 6 de marzo de 1981 al 5 de marzo de 1982, tomando en cuenta el sueldo básico y la prima de navidad. 	Fol. 46-47
<ul style="list-style-type: none"> • La pensión fue reliquidada a través de la Resolución No. 0434 del 15 de mayo de 1998, teniendo en cuenta el 75% 	Fol. 48-52

del promedio mensual de lo devengado por concepto de sueldo o asignación básica, en el año anterior al retiro (comprendido entre el 20 de agosto de 1994 al 19 de agosto de 1995), efectiva a partir del 16 de mayo de 1996.	
<ul style="list-style-type: none"> El 09 de octubre de 2017, la demandante solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación, con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio prestado, petición resuelta desfavorablemente a través de la Resolución No. 9534 del 15 de noviembre de 2017. 	Fol. 18-28
<ul style="list-style-type: none"> La demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la anterior decisión, siendo decidido con las Resoluciones 826 del 21 de marzo de 2018 y 0291 de 19 de diciembre de 2018, confirmando el contenido del acto atacado. 	Fol. 29-45
De conformidad con el certificado de salarios, la señora Teresa Jaramillo de Rivera percibió entre el 17 de mayo de 1995 y hasta el 16 de mayo de 1996 — último año de servicio, además del sueldo que la entidad tuvo en cuenta como factor de reliquidación pensional, prima de alimentación y prima de navidad.	Fol. 53

Como se había dicho, para hacerse acreedora de la pensión de jubilación con base en la Ordenanza 057 de 1966, la demandante debía acreditar únicamente 20 años de servicio, indistintamente de la edad que tuviera para ese momento. Es por ello que en la Resolución 0595 del 3 de mayo de 1984, se le reconoció la pensión mensual de jubilación vitalicia, con efectos a partir del **6 de marzo de 1982**, esto es, cuando cumplió 20 años de servicio.

Se sabe también, que una vez anulada la Ordenanza 057 de 1966, pensiones como la reconocida a la actora, toman la connotación de una pensión de jubilación ordinaria docente y por ende, a pesar del respeto del derecho adquirido que se tiene, deben ser estudiadas para efectos de reliquidación, con base en la normatividad general que rige a esta clase de servidores.

Bajo esta premisa, se advierte que para el momento en que entró a regir la Ley 33 de 1985 (13 de febrero de 1985), la demandante YA había consolidado su status pensional con la normatividad hoy anulada (Ordenanza 057 de 1966), que exigía como se vio, únicamente el cumplimiento de 20 años de servicio, por lo que debe respetarse el derecho adquirido de la actora y las normas que gobiernan su pensión, son las que se encontraban vigentes y regían las pensiones ordinarias para el 6 de marzo de 1982.

Tal normatividad es la general consagrada en la Ley 6ª de 1945 y las normas que la modificaron o adicionaron. Sin embargo, como esta norma no previó factores a tener en cuenta para el reconocimiento de las pensiones, la remisión es obligada al artículo 4 de la Ley 4 de 1966 que dispuso:

“A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se

liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.”.

Luego, el artículo 45 del Decreto 1045 del 7 de junio de 1978, vigente al momento del status pensional de la demandante, con claridad señaló los factores salariales para el reconocimiento de la pensión de jubilación, así:

“Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a. **La asignación básica mensual;***
- b. Los gastos de representación y la prima técnica;*
- c. Los dominicales y feriados;*
- d. Las horas extras;*
- e. **Los auxilios de alimentación y transporte;***
- f. **La prima de Navidad;***
- g. La bonificación por servicios prestados;*
- h. La prima de servicios;*
- i. Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;*
- j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;*
- k. La prima de vacaciones;*
- l. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;*
- ll .Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.”. (Subraya el Despacho)*

En ese orden de ideas, la pensión consagrada en la Ley 6ª de 1945 se reconoce sobre los factores señaladas en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y por lo tanto la pensión de la demandante debe ser reliquidada con el setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio de los factores referidos en el artículo 45 arriba citado y que devengó en el último año de servicio anterior al retiro del servicio, es decir además del sueldo, la prima de alimentación y 1/12 parte de la prima de navidad.

Corolario de lo anterior y estando acreditado que la entidad demandada denegó la reliquidación de la pensión por retiro definitivo del servicio a la actora, cuando lo que debió fue haberla tomado como si se tratara de una pensión de jubilación ordinaria docente y por ende reliquidarla con aplicación del régimen de la Ley 6ª de 1945 que le es aplicable en su integridad a la demandante por la fecha en que consolidó el derecho – **06 de marzo de 1982-**, serán declarados nulos los actos acusados y en su lugar se ordenará a la demandada, que reliquide y pague la prestación con el 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicios anterior al retiro definitivo del mismo, teniendo en cuenta la asignación básica o sueldo **y la prima de alimentación y 1/12 parte de la prima de navidad** que se encuentran taxativamente relacionadas en el **artículo 45 del Decreto 1045 de 1978**.

El Despacho ordenará a la entidad demandada que efectúe el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se dispondrá en este fallo y sobre los cuales no se efectuó la correspondiente deducción legal, debidamente indexados, sin que resulte posible aplicar algún tipo de prescripción como se pide en la demanda, ya que los aportes para pensión, tienen la condición de imprescriptibles, como lo ha advertido el Consejo de Estado, entre otros, en fallo

Medio de Control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante : TERESA JARAMILLO DE RIVERA
Demandado : DEPARTAMENTO DEL TOLIMA- FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES
Expediente : 73001-33-33-003-2019-00209-00

del 8 de marzo de 2018, NI 2813-16 con ponencia del Consejero Rafael Francisco Suárez Vargas.

vii) Prescripción

El Decreto 3135 de 1968 en su artículo 41 estableció la regla general de los tres (3) años de prescripción frente a los derechos laborales. Posteriormente, dicha norma fue reglamentada por el Decreto 1848 de 1969, el cual en su artículo 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 sólo por un lapso igual.

En el caso bajo estudio, a la accionante se le reconoció la reliquidación de su pensión de jubilación mediante la Resolución **0434 del 15 de mayo de 1998**, con efectos fiscales a partir del 16 de mayo de 1996. No obstante, hasta el **09 de octubre de 2017** presentó reclamación administrativa en procura de la reliquidación de su prestación, razón por la cual, ha operado la prescripción para las mesadas anteriores al **09 de octubre 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.

viii) Actualización de las condenas e intereses

El Despacho dispondrá el pago de las diferencias pensionales entre lo que le reconoció y pagó la entidad en virtud de la **resolución No. 0434 de 15 de mayo de 1998** y lo que le debe reconocer según se indicó en los párrafos anteriores con efectos fiscales a partir del **09 de octubre de 2014** por la prescripción analizada, sumas que una vez reconocidas serán reajustadas y actualizadas en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., y con base en la fórmula

$$R = R.H. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, comenzando por la diferencia en la primera mesada pensional no prescrita y teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que adquirió el derecho a recibir cada una.

Para el cumplimiento de la sentencia, como el reconocimiento de los intereses a que hubiera lugar, se dará aplicación a lo previsto en el artículo 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

3. COSTAS

Al resultar vencida la parte demandada, es menester proveer sobre la correspondiente condena en costas a favor de la parte actora, conforme lo

dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y en el artículo 361 del Código General del Proceso.

Tal condena se dispondrá ateniendo el criterio objetivo valorativo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia calendada el 26 de julio de 2018¹¹, verificando en consecuencia que el apoderado judicial de la parte actora efectivamente realizó actividades adicionales a la propia presentación de la demanda, tales como la asistencia del apoderado sustituto a la audiencia inicial, en la que participó de todas sus etapas, incluida la de presentación de alegatos de conclusión orales.

También hubo de incurrir en erogaciones como el pago de la suma establecida por gastos ordinarios del proceso, razón por la cual se fijará la suma de QUINIENTOS VEINTIDÓS MIL PESOS (\$522.000) a cargo de la parte vencida y a favor de la accionante y se ordenará que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación de los gastos procesales, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR la nulidad de las Resoluciones 9534 del 15 de noviembre de 2017 y 826 del 21 de marzo de 2018, emanada de la Dirección Fondo Territorial de Pensiones de la Secretaría Administrativa del Departamento del Tolima, así como de la Resolución 0291 del 19 de diciembre de 2018, proferida por el Gobernador del Departamento del Tolima.

SEGUNDO.- A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES a reliquidar la pensión de jubilación de la señora Teresa Jaramillo de Rivera, con el 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicios anterior al retiro del servicio, comprendido entre el **17 de mayo de 1995 y hasta el 16 de mayo de 1996**, teniendo en cuenta la asignación básica o sueldo, la prima de alimentación y 1/12 parte de la prima de navidad.

TERCERO.- CONDENAR al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES, a reconocer y pagar a la demandante, las diferencias existentes entre lo pagado y debido pagar de acuerdo a lo ordenado en el ordinal segundo de esta providencia desde el **09 de octubre de 2014** y hasta el día en que se incorpore en la mesada pensional el respectivo reajuste.

CUARTO.- DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción con relación a las diferencias de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **09 de octubre de 2014**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO.- La actualización de las sumas aquí reconocidas se realizará de acuerdo a la fórmula indicada en parte motiva de esta providencia.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, William Hernández Gómez, radicación No. 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14).

Medio de Control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante : TERESA JARAMILLO DE RIVERA
Demandado : DEPARTAMENTO DEL TOLIMA- FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES
Expediente : 73001-33-33-003-2019-00209-00

SSEXTO.- ORDENAR al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES, que efectúe el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se dispuso en este fallo y sobre los cuales no se hizo la correspondiente deducción legal, debidamente indexados.

SÉPTIMO.- CONDENAR en costas al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES. Conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se fija la suma de QUINIENTOS VEINTIDÓS MIL PESOS (\$522.000) por concepto de agencias en derecho a favor de la parte demandante, y se ordena que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

OCTAVO.- A esta sentencia se le dará cumplimiento de acuerdo con lo previsto en los artículos 187, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

NOVENO.- Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del Código General del Proceso. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

DÉCIMO.- De no ser apelada esta providencia, en firme la liquidación de costas, se ordena el archivo definitivo del expediente, previo las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIANA CAROLINA MENDEZ BERNAL
Jueza