



Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, trece (13) de septiembre del dos mil diecinueve (2019)

Radicado	73001-33-33-010-2018-00305-00
Medio de control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	HERNÁN RODRÍGUEZ PRADA
Demandado:	DEPARTAMENTO DEL TOLIMA-FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES
Asunto:	Régimen de transición - ordenanza 057 de 1966
Sentencia:	00117

I. ANTECEDENTES

Surtido el trámite legal y de conformidad con lo establecido en el artículo 179 y 187 de la Ley 1437 del 2011, se procede a dictar sentencia en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió el señor **HERNÁN RODRÍGUEZ PRADA** en contra del **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA-FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES**.

2. PRETENSIONES

1.1 El señor **Hernán Rodríguez Prada** en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, presentó demanda en contra del Departamento del Tolima- Fondo Territorial de Pensiones con el fin de que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No **8510** del **17 de agosto del 2017**, mediante la cual se resolvió negativamente la solicitud de revisión y reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión de nuevos factores salariales.

1.2 Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No **9129** del **11 de octubre del 2017** mediante la cual se resolvió el recurso de reposición

1.3 Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No **0077** del **3 de mayo del 2018** mediante la cual se resolvió el recurso de apelación.

1.4 Que se declare que el accionante tiene derecho a que la entidad demandada le reliquide y pague la pensión de jubilación incluyendo todos los factores salariales que devengó en el año inmediatamente anterior al retiro definitivo del servicio.

1.5 Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho se condene al Departamento del Tolima- Fondo territorial de pensiones a reconocer, reliquidar y pagar la pensión de jubilación al actor, incluyendo para ello no solo la asignación básica, sino todos los haberes devengados tales como primas de navidad, de vacaciones y de alimentación, auxilio de transporte y demás factores percibidos en el último año de servicio anterior al retiro definitivo.

1.6 Que se condene a la demandada a reliquidar la pensión y a pagar el monto del retroactivo pensional dejado de cancelar debidamente indexado desde la causación del derecho hasta la fecha de cumplimiento de la sentencia, acorde a la fórmula:

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

1.7 En caso de ordenar el descuento por aportes devengados y no cotizados, se ordene aplicar la prescripción trienal, por ser una obligación económica de carácter laboral.

1.8 Que se condene a la demandada a reliquidar la pensión con los valores debidamente indexado acorde con el índice de precios al consumidor.

1.9. Que se condene a la demandada al pago de intereses comerciales y moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, según lo previsto el art. 192 CPACA.

1.10 Una vez agotado este procedimiento liquidar la nueva mesada pensional liquidando la diferencia entre lo pagado y lo dejado de pagar tomando como base la primera mesada y en progresión aritmética y geometría con base en el IPC mes a mes hasta llegar a concluir el monto total y final de la pensión.

1.11 Se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido en el artículo 192 del CPACA.

1.12 Que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

3. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los siguientes hechos que son susceptibles de sintetizar así:

2.1 Que el señor **Hernán Rodríguez Prada** nació el 29 de septiembre de 1946 y laboró como servidor público docente en la secretaría de educación del Departamento del Tolima.

2.2 Que la Caja de previsión social del Tolima reconoció la pensión de jubilación al señor **Rodríguez Prada** mediante resolución No **1082** del **10 de julio de 1987** a partir del 1 de septiembre de 1986 por haber cumplido 20 años de servicio

2.3 Que para la liquidación de la pensión al accionante se tuvo en cuenta el 75% sobre el promedio de los haberes de sueldo, sobresueldo, alfabetización, auxilio de transporte, prima de alimentación y prima de navidad devengados en el último año de servicios comprendido entre el 1 de septiembre de 1985 al 31 de agosto de 1986 acorde con lo establecido en la ordenanza No **057 de 1966**.

2.4 Que en razón al retiro definitivo del servicio y en aplicación de lo ordenado por la Ley 71 de 1988 la pensión de jubilación del accionante fue reliquidada mediante

resolución **No 0331 del 6 de mayo del 2004**, teniendo en cuenta el 75% del promedio de los haberes devengados en el último año de servicio, efectiva a partir del 14 de enero del 2003

2.5 Que el 10 de julio del 2017 el accionante mediante apoderada solicitó al Fondo territorial de pensiones públicas del Departamento del Tolima la reliquidación de la pensión de jubilación para que se incluyeran además del sueldo básico, primas, sobre sueldos, horas extras, bonificaciones y demás factores salariales que por el simple hecho de ser habituales conforman también la base para liquidar la pensión.

2.6 La entidad accionada expidió la resolución **8510 del 11 de agosto del 2017** negando la petición, en razón a que la pensión fue reconocida bajo la vigencia de la ordenanza 057 de 1966 que exigía al docente como requisitos tener 20 años de servicio y cualquier edad aplicándose el 75% de lo devengado en el último año de servicio y aportes a la caja de previsión sobre el sueldo respectivo y resulta improcedente efectuar reliquidación teniendo en cuenta factores salariales que no se encuentran descritos en el artículo 19 de la citada ordenanza y sobre los cuales no se efectuó cotizaciones

2.7 La apoderada de la accionante interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación en contra de la decisión anterior

2.8 El recurso de reposición fue resuelto negativamente por la secretaría administrativa del departamento y la directora del fondo territorial de pensiones con la resolución No **9129 del 11 de octubre del 2017** y concediendo el recurso de apelación para ante el Gobernador del Tolima

2.9 El Gobernador del Tolima con resolución No **0077 del 3 de mayo del 2018** resuelve el recurso de apelación confirmando la resolución No 8510 del 17 de agosto del 2017 y declaró agotada la vía gubernativa.

2.10 Que durante el periodo correspondiente del 1 de septiembre de 1985 al 31 de agosto de 1986 el accionante devengó sueldo, sobresueldo, alfabetización, auxilio de transporte, prima de alimentación y prima de navidad.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La apoderada del Departamento del Tolima, dentro de la oportunidad legal contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones planteadas por la parte actora (fl 62 – 89) por considerar que carecen de fundamento de hecho y de derecho y al accionante no se le ha cercenado, desconocido ni vulnerado derecho alguno.

Que al accionante se le reconoció la pensión de jubilación en vigencia de la ordenanza 057 de 1966 y se liquidó con los factores salariales que imperaban al momento de su reconocimiento y que la pensión reconocida en vigencia de la mencionada ordenanza no es una prestación especial sino un señalamiento de

requisitos especiales de reconocimiento como fueron 20 años de servicio a cualquier edad y aplicación del 75% de lo devengado en el último año de servicio.

Con la declaración de nulidad proferida por el Honorable Consejo de Estado de la citada ordenanza a los maestros que les fue reconocida la pensión durante su vigencia, se les respetó los derechos adquiridos, convirtiéndose en pensión de jubilación ordinaria, sujeta a las normas en materia pensional regulatorias del régimen pensional general para todos los servidores públicos.

Que la norma aplicable son las contenidas en la Ley 33 de 1985 que expone que, a los servidores públicos que a la fecha de promulgación de la citada ley hayan cumplido 15 años de servicio, se les continuara reconociendo la pensión de jubilación en aplicación de las disposiciones que rijan al momento del retiro y disponiendo que las pensiones de los servidores públicos de cualquier orden se liquidaran sobre los mismos factores que hayan servido de base para liquidar los aportes.

Agrega que los actos administrativos proferidos por la administración departamental que negaron la reliquidación solicitada no le ha vulnerado derecho alguno a la accionante, ni se reúnen los requisitos y presupuestos exigidos por la norma para que sea procedente obtener restablecimiento de derecho alguno, pues los actos administrativos gozan de firmeza y de presunción legal.

En consecuencia a la accionante no le asiste derecho alguno para reclamar lo pretendido, toda vez que al efectuarse el reconocimiento pensional en la liquidación le fueron tenidos en cuenta los preceptos normativos contemplados para el reconocimiento de la misma sin reunir los requisitos exigidos para acceder a la reliquidación pretendida con la demanda.

Propuso las excepciones de: 1. *Imposibilidad legal del Departamento para acceder a lo pretendido por inaplicación de las normas.* 2. *Cobro de lo debido.* 3. *Prescripción de diferencias o descuentos de las mesadas*

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

4. PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Procede el despacho a determinar si, ¿el accionante tiene derecho a que se le reliquide y pague la pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios en calidad de docente, o si por el contrario los actos administrativos demandados se encuentran ajustados al ordenamiento jurídico?

5. Tesis que resuelven el problema jurídico planteado

5.1 Tesis de la parte accionante

Considera que es procedente la reliquidación de la pensión porque el Departamento del Tolima desconoció y omitió el principio de favorabilidad en materia pensional

porque a pesar que la prestación fue reconocida bajo requisitos especiales previstas en la ordenanza 057 de 1966 vigente en ese momento, ello no le resta el carácter de ordinaria a dicha pensión, máximo cuando la petición procura la aplicación de las normas reguladoras de la pensión ordinaria de jubilación.

Que teniendo en cuenta el marco normativo vigente y la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa se establece que la pensión de jubilación esta equiparada a una pensión ordinaria que debe ser reliquidada teniendo en cuenta todos los factores salariales devengado durante el último año de servicio, en aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral.

Que se evitaría un mayor perjuicio al Estado, pues tener que acudir a los estrados judiciales para obtener u reconocimiento legal válido, para la aplicación de las normas que en derecho le corresponden a la solicitante, haría más gravosa la situación de la peticionaria y de ser vencida la entidad será quien asuma esos costos adicionales.

5.2 Tesis de la parte accionada

Que el demandante pretende se le reconozcan derechos que o estaban consagrados al momento del reconocimiento pensional y sin duda alguna no le asiste derecho para que se le acceda a las pretensiones porque en la norma expedida por la Asamblea departamental del Tolima, quedo establecido que las pensiones de los maestros serían decretadas tan pronto como el servidor acreditara 20 años de servicio continuo o discontinuo, sin considerar la edad, y teniendo en cuenta el 75% del promedio mensual devengado en el último año de servicio, como en el presente caso.

El accionante es beneficiario del régimen de transición y para la reliquidación de la pensión se le tuvo en cuenta la edad y el tiempo de servicio, también es cierto que la norma aplicable son las contenidas en la Ley 33 de 1985 que expone, a los servidores públicos que a la fecha de promulgación de la citada ley hayan cumplido 15 años de servicio, se les continuara reconociendo la pensión de jubilación en aplicación de las disposiciones que rijan al momento del retiro y disponiendo que las pensiones de los servidores públicos de cualquier orden se liquidaran sobre los mismos factores que hayan servido de base para liquidar los aportes.

5.3 Tesis del Despacho

Se negarán las pretensiones de la demanda, en razón a que la pensión de jubilación del actor fue liquidada acorde al régimen de transición de la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta el 75% del salario promedio que sirvió de base para liquidar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones y los que dispone la Constitución Política Art. 48, y acogiendo los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 y por el Consejo de Estado en las sentencias de unificación del 28 de agosto del 2018 y 25 de abril del 2019, así mismo por cuanto no se probó que sobre los factores salariales - prima de navidad, prima de alimentación, prima de vacaciones y demás emolumentos devengados - que reclama

se le incluya para la reliquidación de la pensión, el accionante hubiese hecho cotización alguna al sistema de seguridad social

6. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1. Que el señor Hernán Rodríguez Prada nació el 29 de septiembre de 1946.	Documental: Copia documento de identificación (fl.49)
2. Que prestó sus servicios al Departamento del Tolima en calidad de docente	Documental: Extraído de la resolución No 1082 del 10 de julio 1987 (fl.46)
3. Que el Departamento del Tolima reconoció la pensión vitalicia de jubilación a la accionante acorde con los requisitos establecidos en la ordenanza 057 de 1996	Documental: Copia Resolución No 1082 del 10 de julio 1987 (fl.46)
4. Que la accionada reliquidó la pensión de jubilación en razón al retiro definitivo del servicio	Documental: Copia Resolución 0331 del 6 de mayo del 2004 (fl 110 – 113)
6. El Fondo territorial negó la reliquidación de la pensión en razón a que no se le realizaron descuentos como aporte a la caja de previsión social	Documental: Copia Resolución 0510 del 24 de mayo del 2005 (fl 116 – 119)
7. El Fondo territorial negó la reliquidación de la pensión en razón a que el emolumento fue reconocido con base en una norma que ya fue declarada nula	Documental: Copia Resolución 0623 del 18 de marzo del 2013 (fl 123 – 126)
7. El Gobernador del Tolima resuelve recurso de apelación confirmando la decisión anterior	Documental: Copia Resolución 0151 del 20 de mayo del 2013 (fl 127 – 132)
8. Que el accionante solicitó a la accionada la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta el 75% de lo devengado en el último año de servicio con inclusión de todos los factores salariales.	Documental: Copia solicitud de fecha 10 de julio del 2017 radicado No 31726 (fl. 16 - 22)
9. El fondo territorial de pensiones negó la reliquidación de la pensión en razón a que fue reconocida con los factores salariales contemplados en la ordenanza 057 de 1966	Documental. Copia de la resolución 8510 del 17 de agosto del 2017 (fl.23 - 25)
10. en contra de la anterior decisión se interpuso recurso de reposición en subsidio de apelación	Documental: copia memorial de recursos del 20 de septiembre del 2017 radicado 43445 (fl 26 – 31)
11. La accionada resolvió el recurso de reposición confirmó la resolución atacada y concedió el recurso de apelación.	Documental: Copia resolución No 9129 del 11 de octubre del 2017 (fl32 – 33)
12. El Gobernador del Tolima resuelve recurso de apelación confirmando la resolución atacada	Documental: Copia resolución No 0077 del 3 de mayo del 2018 (fl35 – 44)
13. Que en el periodo correspondiente al 14 de enero del 2002 al 13 de enero del 2003 el accionante devengó sueldo, sobresueldo de director, prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad	Documental: Certificado de sueldos expedido por la secretaría de educación (fl.102)

7. DEL RÉGIMEN DE PENSIONES. MARCO LEGAL

La ordenanza 057 de 1966 expedida por la Asamblea departamental del Tolima, mediante la cual se adoptó el estatuto orgánico de la Caja de Previsión Social para los empleados del Departamento, en el artículo 25 establecía:

“Las pensiones de los maestros serán decretadas por las Secretarías de educación pública, tan pronto como el titular del derecho haya cumplido veinte años al servicio del magisterio oficial del Tolima, en forma continua o discontinua, sin consideración de la edad”.

Sin embargo, los artículos 25, 26 y 27 de la mencionada ordenanza fueron declarados nulos mediante sentencia proferida por el Tribunal administrativo del Tolima decisión que fue confirmada por el Consejo de Estado el 29 de noviembre de 1993, en razón a la falta de competencia de las asambleas departamentales para regular prestaciones sociales de los empleados públicos.

El máximo órgano de la jurisdicción contenciosa en el texto de la providencia que confirmó la nulidad de la ordenanza, fue claro y enfático al disponer que los derechos pensionales adquiridos en vigencia de la misma serían respetados y como consecuencia de esa declaración la pensión especial y única decretada a favor de la hoy demandante adquirió el carácter de ordinaria, sujeta a la aplicación de la normatividad general.

8. DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

La Ley 71 de 1988 respecto del tema de las pensiones del sector público y en el artículo 9 expuso:

Artículo 9. Las personas pensionadas o con derecho a la pensión del sector público en todos sus niveles que no se hayan retirado del servicio de la entidad, tendrán derecho a la reliquidación de la pensión, tomando como base el promedio del último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social.

Parágrafo. La reliquidación de la pensión de que habla el inciso anterior, no tendrá efectos retroactivos sobre las mesadas anteriores al retiro del trabajador o empleado del sector público en todos sus niveles.

Para resolver el problema jurídico planteado, en primer lugar debe resaltarse que el régimen de transición que nos ocupa es el contemplado en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, que indica:

“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”.
(...)

Parágrafo 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.

Parágrafo 3º. En todo caso, los empleados oficiales que a la vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley.

Artículo 3º. Modificado por la Ley 62 de 1985. "Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión."

"Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio."

"En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."

El artículo 3 de la ley 33 de 1985 fue modificado por la ley 62 de 1985 que expone:

*Artículo 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. **En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes. (Negritas fuera de texto)***

8.1 Marco jurisprudencial. Corte Constitucional. Sentencia C - 258 del 2013

En la sentencia C-258 de 2013 en relación con el derecho a la seguridad social en especial el tema de las pensiones la Corte Constitucional indicó:

"La Constitución de 1991, en su artículo 48, consagra la seguridad social como un derecho fundamental y como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; una de las obligaciones que se desprenden de dicho precepto es el establecimiento de un sistema de seguridad social en pensiones. A través de la garantía de este derecho se materializan importantes obligaciones del Estado Social de Derecho, entre las que se destacan la protección de los adultos mayores y de aquellas personas que por su condición física, no se encuentran en una situación favorable de ingresar al mercado laboral.

En la misma providencia se definió el régimen de transición como:

"un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen

una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo

8.2 Consejo de Estado. Sentencias de unificación

Conforme a lo señalado en las normas citadas y aun cuando la sentencia de unificación de Sala Plena del 28 de agosto de 2018, con ponencia del consejero César Palomino Cortés, no sea expresamente aplicable al caso, este despacho considera que algunos argumentos de la misma, sirven para dilucidar cuales son los factores a tener en cuenta al momento de liquidación pensional de los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003.

“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.

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.”

Esta misma posición se adopta en la sentencia de Unificación SUJ-014 -CE-S2 - 2019¹, al establecer

*“De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, así:*

a. 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 aquellos 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.

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de fecha 25 de abril de 2019. Radicación: 680012333000201500569-01 Ponencia César Palomino Cortés

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.”

Es por lo anterior que considera el despacho, que estos argumentos deben ser aplicados a todos y cada uno de los casos que tengan como fundamento de las pretensiones el reajuste o reliquidación de la pensión reconocida, sin importar el régimen especial al que pertenezca el empleado público, dejando entonces inmersos a los docentes en la teoría de que los factores que deben ser incluidos en el IBL, **son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado cotizaciones al sistema de pensiones**, en virtud de los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema.

10. CASO CONCRETO

El señor **Hernán Rodríguez Prada** nació el 29 de septiembre de 1946 e ingresó a laborar como docente del Departamento del Tolima realizando aportes a la Caja de Previsión Social departamental de lo devengado en el cargo de maestro oficial de enseñanza elemental y solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación por haber laborado más de 20 años de servicio en el ramo oficial el 31 de agosto de 1986 en concordancia con lo establecido en la ordenanza 057 de 1966.

Que mediante resolución No **1082 del 10 de julio de 1987** la Caja de previsión social del Tolima en cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 26 de la ordenanza 057 de 1966, reconoció la pensión vitalicia de jubilación al accionante, aplicando el 75% del promedio mensual sobre los haberes: **sueldo, sobresueldo, alfabetización, auxilio de transporte, prima de alimentación y prima de navidad** devengados durante el último año de servicio comprendidos entre el 1 de septiembre de 1985 al 31 de agosto de 1986 en la Escuela rural mixta Paradero del municipio de Flandes Tolima, a partir del 1 de septiembre de 1986.

Que mediante resolución No **0331 del 6 de mayo del 2004** la secretaria administrativa de la Gobernación del Tolima representante legal del Fondo Territorial de Pensiones públicas del Departamento del Tolima ordenó la reliquidación de la pensión, en razón a que mediante resolución No **0075 del 9 de enero del 2003**, le fue aceptada la renuncia al cargo que desempeñaba el señor Rodríguez Prada y el retiro definitivo del servicio sucedió el 14 de enero del 2003.

Que para la reliquidación de la pensión del accionante se tuvo en cuenta lo establecido en la Ley 71 de 1988 aplicando el 75% de los haberes devengados en el año anterior al retiro del servicio comprendido entre el 14 de enero del 2002 al 13 de enero del 2003 sobre los cuales hubiese realizado aportes a la respectiva Caja de Previsión Social.

Mediante resolución No **0510 del 24 de mayo del 2005** la entidad accionada negó la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta las doceavas partes de las primas de navidad y de vacaciones en razón a que al señor Rodríguez Prada no se le realizaron descuentos sobre esos factores salariales para el aporte a la respectiva Caja de Previsión Social.

El 22 de enero del 2013 y por intermedio de apoderada el accionante solicitó, **por segunda vez**, la reliquidación de la pensión para que se le incluyera las doceavas partes de las primas vacacional y de navidad y el 100% de la prima de alimentación que no se le tuvieron en cuenta en la liquidación inicial durante los años 1998-1999

Mediante resolución No **0623 del 18 de marzo del 2013** la entidad accionada negó la reliquidación de la pensión de jubilación al considerar que la ordenanza 57 fue declarada nula por el Tribunal administrativo y no se puede pretender un derecho sustentado en una norma desaparecida del ordenamiento jurídico y la liquidación se ajusta a derecho toda vez que se tuvo en cuenta todos los factores devengados durante el último año de servicios establecidos en la ley, sobre los cuales realizó aportes a la previsión social, en contra de la anterior decisión se interpuso recurso de apelación.

El Gobernador del Departamento del Tolima expidió la resolución No **0151 del 20 de mayo del 2013**, resolvió el recurso de apelación interpuesto confirmando el contenido de la resolución atacada.

El accionante junto con otras personas y por intermedio de apoderada el 10 de julio del 2017 solicitó - **por tercera vez**- la reliquidación de la pensión para que se incluyeran además del sueldo básico, las primas, sobresueldos, horas extras, bonificaciones y todos los factores salariales que por el simple hecho de ser habituales conforman también ingreso base de liquidación de la pensión.

Mediante resolución No **8510 del 17 de agosto del 2017** la entidad accionada negó la petición en razón a que no resulta procedente realizar una reliquidación teniendo en cuenta factores salariales que no se encontraban descritos en el artículo 19 de la ordenanza 057 de 1966 y sobre los cuales no se efectuaron cotizaciones para adquirir el derecho pensional.

En contra de la anterior decisión se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación 20 de septiembre del 2017 radicado No 43445.

Que mediante resolución No **9129 del 11 de octubre del 2017** la secretaria administrativa de la Gobernación del Tolima y la directora del Fondo Territorial de Pensiones del Departamento del Tolima confirmaron en su integridad la resolución atacada y concedieron el recurso de apelación para ante el Gobernador del Tolima

El Gobernador del Departamento del Tolima expidió la resolución No **0077 del 3 de mayo del 2018**, mediante la cual resolvió el recurso de apelación interpuesto, confirmó la negativa de reliquidación de la pensión de los solicitantes – incluido el

señor Rodríguez Prada – dado que la norma que sirvió de soporte para el reconocimiento de la misma fue retirada del ordenamiento jurídico y no se puede realizar un análisis de legalidad con base en normas posteriores, pues estas no fueron aplicadas en su oportunidad y el acto administrativo bajo estudio nació a la vida jurídica como consecuencia de una ordenanza expulsada del mundo jurídico y declaró agotada la vía gubernativa.

En vista de lo anterior, el estudio de la reliquidación pensional del actor debe hacerse de conformidad con la Ley 33 de 1985 que dispone que el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas cobijadas por el régimen de transición será el 75% del promedio mensual de lo devengado en el último año de servicio anterior a la fecha en que adquirió el derecho para acceder a la pensión y teniendo en cuenta los factores salariales establecidos en la normatividad vigente, o sea, sobre aquellos sobre los cuales se realizaron aportes a la respectiva Caja de Previsión Social

Por lo anteriormente expuesto y a consecuencia de la declaratoria de nulidad de la ordenanza 057 de 1966, es claro que los factores salariales tenidos en cuenta como ingreso base de liquidación de la mesada pensional del señor **Hernán Rodríguez Prada**, son los establecidos en la Ley 33 de 1985², en la Ley 62 de 1985³ y la Ley 71 de 1988⁴ y sobre los cuales haya realizado aportes a la respectiva Caja de Previsión Social

Ahora bien, según certificado expedido por la Secretaría de Educación de la Gobernación del Tolima, el demandante además de lo ya reconocido devengó en el año 2002 **prima de navidad, de alimentación y de vacaciones**.

El despacho evidencia que en el reconocimiento pensional la entidad no incluyó como factores salariales en el IBL las citadas primas en razón a que los factores salariales no están incluidos en la ley 62 de 1985 como factor que sirva de base para calcular los aportes y consecuencialmente la base de liquidación.

En este orden de ideas, y conforme a lo dispuesto en el artículo 48 constitucional y la Ley 62 de 1985, y como quiera que el actor **no demostró que hubiese hecho aportes** al sistema de seguridad social en pensiones administrado inicialmente por la

² Artículo 1º Ley 33 de 1985.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio

³ Artículo 1º Ley 62 de 1985. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. **En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.**

⁴ artículo 9.- Las personas pensionadas o con derecho a la pensión del sector público en todos sus niveles que no se hayan retirado del servicio de la entidad, tendrán derecho a la reliquidación de la pensión, tomando como base el promedio del último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social. **Parágrafo.-** La reliquidación de la pensión de que habla el inciso anterior, no tendrá efectos retroactivos sobre las mesadas anteriores al retiro del trabajador o empleado del sector público en todos sus niveles

Caja de previsión social y luego por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio sobre las mencionadas **primas de navidad, alimentación y vacaciones**, las pretensiones de la demanda deben ser negadas.

11. RECAPITULACIÓN

En conclusión y teniendo en cuenta que si bien es cierto que la prestación económica reconocida al señor **Hernán Rodríguez Prada**, en vigencia de la ordenanza No 057 de 1966 expedida por la Asamblea departamental del Tolima tenía la calidad de especial que exigía como único requisito haber laborado 20 años al servicio de la docencia oficial, también es cierto que la sentencia que declaró la nulidad de la mencionada ordenanza por incompetencia de la entidad que la expidió y que respetó los derechos de los docentes que habían adquirido el derecho pensional durante su vigencia, la convirtió en pensión vitalicia de jubilación de carácter ordinario sujeta a la normatividad de pensiones, leyes 33 y 62 de 1985, que establecen que los factores salariales a tener en cuenta para el ingreso base de liquidación son aquellos sobre los cuales se haya hecho aportes a la respectiva Caja de previsión social o al fondo de prestaciones sociales del magisterio y en ese orden de ideas se negarán las pretensiones de la demanda, declarando que los actos administrativos demandados, se encuentran ajustados a derecho.

12. COSTAS

El artículo 188 del CPACA sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del C.G.P dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

En el presente caso se observa que las pretensiones de la demanda fueron despachadas favorablemente, razón por la cual de conformidad con el ACUERDO No. PSAA16-10554 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a cargo de la parte accionante en la suma equivalente al cuatro por ciento (4%) de las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas a la parte accionante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del C.G.P, para lo cual se fija en la suma equivalente al cuatro por ciento (4%) de las pretensiones de la demanda, como agencias en derecho.

TERCERO: Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme el artículo 203 del C.P.A.C.A.

CUARTO: Liquídense los gastos del proceso, si hubiere remanentes devuélvanse a la parte demandante.

QUINTO: En firme este fallo, archívese el expediente, previa anotación en el sistema informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS MANUEL GUZMÁN
Juez
(ORIGINAL FIRMADO)