



Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, nueve (9) de octubre del dos mil veinte (2020)

Radicado: 73001 33 33 010 2019 00073 00.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: GERARDO WILLIAM MONTOYA ECHEVERRY
Demandado: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA–FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES
Asunto: reliquidación pensión ordenanza 057 de 1966
Sentencia: 00064

I. ANTECEDENTES

Surtido el trámite legal y de conformidad con lo establecido en el artículo 179 y 187 de la Ley 1437 del 2011 y teniendo en cuenta la suspensión de términos a causa de la pandemia generada por el covid-19, procede el despacho a dictar sentencia en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió el señor **GERARDO WILLIAM MONTOYA ECHEVERRY** en contra del **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA - FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES**.

2 PRETENSIONES

- 2.1 Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No **123 del 24 de enero del 2014**, mediante el cual se resolvió de plano negativamente la solicitud de reliquidación de la pensión única y ordinaria de jubilación al señor **Gerardo William Montoya Echeverry**, sin oportunidad de interponer recurso alguno, entendiéndose agotada la vía gubernativa.
- 2.2 Que se declare que la accionante tiene derecho a que la entidad demandada le reliquide y pague la pensión de jubilación incluyendo para ello todos los factores salariales que devengó durante el año inmediatamente anterior al retiro definitivo del servicio.
- 2.3 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, tomando para ello la última asignación básica devengada e incluyendo todos los haberes devengados tales como prima de navidad, prima de vacaciones y demás factores percibidos en el último año de servicio por el accionante.
- 2.4 Que se condene a la accionada para que disponga la cancelación o pago debidamente indexado del retroactivo pensional dejado de cancelar, desde la causación del derecho hasta la fecha de cumplimiento de la sentencia, con base en la fórmula:

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

- 2.5 Que se condene a la entidad a que sobre las sumas adeudadas se indexen los valores causales tomados como computo del ingreso base de a valor real y presente de manera previa al trámite del punto uno.
- 2.6 Que se condene a la demandada al pago de intereses comerciales y moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia.
- 2.7 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.
- 2.8 En caso de ordenar el descuento por aportes devengados y no cotizados, se ordene aplicar la prescripción trianual, por ser una obligación económica de carácter laboral, sujeto a dicho fenómeno prescriptivo.
- 2.9 Se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido en el artículo 192 del CPACA.
- 2.10 Que se condene a la entidad demandada al pago de costas y agencias en derecho.

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 **Gerardo William Montoya Echeverry** nació el 14 de junio de 1943 e ingreso a laborar el 18 de marzo de 1965 en forma continua e ininterrumpida hasta el 30 de diciembre del 2002 como servidor publico docente, por lo tanto, el 28 de enero de 1985, contaba con mas de 15 años de servicio, encontrándose inmerso en el régimen de transición contemplado en el artículo 1 parágrafo 2 ley 33 de 1985, siéndole aplicables las normas anteriores a la ley 33 de 1985.
- 2.2 Que la Caja de Previsión Social del Tolima mediante resolución No **0350 del 10 de marzo de 1987** reconoció pensión de jubilación al señor **Gerardo William Montoya Echeverry** teniendo en cuenta el 75% de los haberes devengados en el último año de servicios (sueldo, prima de navidad y prima de alimentación) en concordancia con lo establecido en el artículo 25 de la ordenanza No **057 de 1966**, que exigía como requisito único haber laborado durante 20 años en la docencia oficial y sin considerar la edad.
- 2.3 Que la pensión fue reliquidada mediante resolución **No 1136 del 4 de mayo del 2006** por retiro definitivo del servicio y acorde con lo establecido en la Ley 71 de 1988 artículo 9 se le tuvo en cuenta el 75% del promedio mensual de los haberes devengados en el último año de servicios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social.
- 2.4 Que en la reliquidación no se consideró la totalidad de los factores salariales devengados como son las primas de navidad, alimentación, vacaciones y demás emolumentos devengados por el accionante, en el último año de servicios, lo que le representa una suma superior a la que la entidad demandada le reconoció.

2.5 Que el 7 de enero del 2014 el accionante radicó derecho de petición ante el Departamento del Tolima solicitando la reliquidación de la pensión única de jubilación, para que se incluyeran todos los factores salariales devengados en el último año de servicio correspondiente desde el 1 de enero hasta el 30 de diciembre del 2002.

2.6 Mediante oficio No 123 del 7 de enero del 2014, la entidad accionada negó la petición, entendiéndose agotada la vía gubernativa.

2.7 Que la demandante devengó en el año inmediatamente anterior al del retiro del servicio: sueldo, prima de navidad y prima de vacaciones.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad territorial demandada dentro de la oportunidad legal contestó la demanda¹ oponiéndose a las pretensiones de la parte demandante por considerar que las suplicas de la demanda carecen de fundamentos de hecho y de derecho, en razón a que no se ha cercenado, desconocido ni vulnerado derecho alguno a la accionante, como quiera que se obro bajo la normativa aplicable al caso y en el momento oportuno.

Que al accionante se le reconoció la pensión de jubilación en vigencia de la ordenanza 057 de 1966, que exigía al docente acreditar 20 años de servicio continuos o discontinuos al sector oficial docente sin consideración de la edad y se liquidó aplicándose el 75% del sueldo promedio mensual devengado en el último año de servicios.

Con la declaración de nulidad de la ordenanza 057 proferida por el Tribunal administrativo del Tolima confirmada por el Honorable Consejo de Estado, la mencionada sentencia respetó los derechos adquiridos en vigencia de la ordenanza convirtiendo la pensión especial 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

Señala que la Corte Constitucional en sentencia C-258 del 2013, resaltó que, como factores de liquidación de la pensión, solo podrán tomarse los que reúnan 3 condiciones: "i) que hayan sido efectivamente recibidos por el beneficiario, ii) que tengan carácter remunerativo del servicio y iii) sobre los cuales su hubieran realizado cotizaciones al sistema de pensiones"

Solicitó no se acceda a las pretensiones de la demanda porque sin importar el régimen especial al que pertenezca el empleado público incluidos los docentes, los factores a

¹ Folio 58 al 76 cuaderno principal

tener en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación son únicamente aquellos sobre los cuales hayan efectuado aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

Propuso las excepciones de: *1. Imposibilidad legal del Departamento del Tolima para acceder a lo pretendido por inaplicación de normas. 2. cobro de lo no debido. 3. Prescripción de los descuentos o diferencias de las mesadas. 3. Excepción genérica.*

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

5.1. Parte demandante²

El apoderado en los alegatos finales realizó un recuento histórico de las normas aplicables para la liquidación de la pensión de jubilación y de los factores salariales devengados por los servidores públicos en el último año de servicios, que a raíz de la declaratoria de nulidad de la ordenanza 57 de 1966, el Consejo de Estado ha reconocido que las pensiones reconocidas en vigencia de la ordenanza tienen el carácter de ordinarias y únicas y por tanto sometidas a las normas que regulan las pensiones ordinarias de los docentes en lo que tiene que ver con los factores que conforman la base para su liquidación y en el caso del accionante el Departamento del Tolima desconoció los principios de favorabilidad, progresividad y derechos adquiridos en materia laboral los cuales debes ser aplicados acorde con la sentencia T-024 del 2018 de la Honorable Corte Constitucional³.

5.2. Parte demandada

La apoderada en los alegatos de conclusión se ratifico en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, solicitando se nieguen las pretensiones.

6. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

6.1 Tesis de las partes

6.1.1 de la parte accionante

Considera que es procedente la reliquidación de la pensión porque el Departamento del Tolima desconoció y omitió protuberantemente 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 a la entrada en vigencia de la ley 33 de 1985, es decir el 29 de enero, el demandante reunía los requisitos para ser beneficiaria de la transición, al contar con más de 15 años de servicio, lo que indica que el régimen aplicable es el anterior, o sea, el establecido en la ley 6 de 1945, respecto de la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión, remitiéndonos a la ley 4 de 1966 que establece que a partir de su vigencia, las pensiones de los trabajadores de las entidades de derecho público se

² Folios 100 al 110 cuaderno principal.

³ Corte Constitucional sentencia T-024 del 5 de febrero del 2018 del 2018 Expediente T-6.409.614 Acción de tutela instaurada por Policarpa Villanueva de Melendro contra el Tribunal Administrativo del Tolima y otros. Magistrada sustanciadora: **GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO**

liquidaran y pagaran con el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.

Así las cosas, la pensión de jubilación de la accionante debía ser liquidada con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios conforme a los factores salariales citados en el decreto 1045 de 1978: prima de navidad, de vacaciones y de alimentación.

7. Problema Jurídico

Procede el despacho a determinar si, ¿el accionante tiene derecho a que se le reliquide y pague su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior al retiro definitivo del servicio o si por el contrario, el acto administrativo demandado se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico?

7.1 Tesis del despacho

Se negarán las pretensiones de la demanda, en razón a que la pensión de jubilación del actor fue liquidada en aplicación a lo establecido en el 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 en el artículo 48, acogiendo los criterios jurisprudenciales por el Consejo de Estado en las sentencias de unificación de agosto del 2018 y abril del 2019, así mismo por cuanto no se probó que sobre los factores salariales (prima de navidad y prima de vacaciones) que reclama se le incluya para la reliquidación de la pensión, el accionante hubiese hecho cotización alguna al sistema de seguridad social.

8. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1. Que el señor Gerardo William Montoya Echeverry nació el 14 de junio de 1943	Documental: Copia cedula de ciudadanía (fl. 37)
2. Que ingresó a laborar al servicio de la docencia oficial en el Departamento del Tolima el 18 de marzo de 1965	Documental: Extraído de la resolución No. 0350 del 10 de marzo de 1987 (fl. 22)
3. Que la entidad accionada reconoció la pensión de jubilación a la accionante, teniendo en cuenta como IBL el 75% del promedio del sueldo básico mensual, la prima de navidad, y la prima de alimentación devengados durante el último año de servicio, acorde con lo establecido en la ordenanza No 057 de 1966	Documental. Copia de la resolución No. 0350 del 10 de marzo de 1987 (fl. 22)
4. Que la prestación le fue reliquidada en razón al retiro del servicio aplicando los factores salariales establecidos en la ley 71 de 1988	Documental. Copia de la resolución No. 1136 del 4 de noviembre del 2005 (fl 23 – 25)
5. Que el actor solicito a la accionada la reliquidación de la pensión de jubilación petición radicada el 7 de enero del 2014	Documental: Extraído de la resolución No 1136 del 4 de noviembre del 2005 (fl 23 – 25)
6. La entidad accionada negó la petición	Documental. Copia del oficio No 123 del 24 de enero del 2014 (fl 27 – 31)

7. Que el actor devengó en el último año de servicios asignación básica, prima de navidad y prima de vacaciones	Documental: Certificación de sueldos expedido por la Secretaría de Educación del Departamento del Tolima (fl. 35)
---	--

8 Marco legal y jurisprudencial

El artículo 25 de 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, establecía:

“Las pensiones de los maestros serán decretadas por la secretaria 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 del hoy demandante adquirió el carácter de ordinaria, sujeta a la aplicación de la normatividad general.

8.1 Del régimen de transición

La Ley 71 de 1988 respecto del tema de las pensiones del sector público 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. (Negrillas fuera de texto)***

En la sentencia C-258 de 2013 en relación con el derecho a la seguridad social, en especial 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.

La Corte Constitucional en la sentencia T-024 del 2018⁴ y señaló:

"Como se desprende de los antecedentes planteados en este asunto, en 1966 la Asamblea Departamental del Tolima, expidió la Ordenanza N.º 057, a partir de la cual se establecieron algunos de los requisitos para que los docentes de ese departamento adquirieran su pensión de jubilación.

⁴ Sentencia T-024/18 Referencia: Expediente T-6.409.614 Acción de tutela instaurada por Policarpa Villanueva de Melendro contra el Tribunal Administrativo del Tolima y otros Procedencia: Sección Primera del Consejo de Estado. Asunto: Reliquidación de pensiones de jubilación de docentes del Departamento del Tolima – violación directa de la Constitución y principio de favorabilidad. Magistrada sustanciadora: **GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO** cinco (5) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

Sin embargo, esa Ordenanza fue declarada nula por el Consejo de Estado el 29 de noviembre de 1993. Lo anterior, debido a que las asambleas departamentales no eran competentes para regular las prestaciones sociales de los empleados públicos, en tanto, según la Constitución de 1886 y la vigente, dicha función es exclusiva del Congreso de la República o del Presidente en ejercicio de facultades extraordinarias.

(...)

26. En conclusión, es claro que respecto de esta situación jurídica existen dos interpretaciones judiciales concurrentes, que evidentemente desatan una duda seria y razonable que, en los términos expuestos, amerita la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral para buscar la mejor satisfacción de los derechos de los trabajadores/pensionados, so pena de incumplir un mandato constitucional.

En el caso bajo estudio se presenta una situación que, según los postulados constitucionales, debía necesariamente ser resuelta a partir de los elementos conceptuales del principio de favorabilidad, porque como se mostró en los fundamentos 24 a 26 de esta sentencia, el problema jurídico propuesto alrededor de la solicitud de reliquidación pensional podía ser resuelto, de manera razonable a partir de, por lo menos, dos ejercicios hermenéuticos.

34.1 Una de las opciones interpretativas, que fue la acogida por las entidades judiciales accionadas, conduce a desconocer el derecho de la accionante a buscar la reliquidación pensional, a partir del decaimiento de la validez jurídica de un fundamento normativo, lo cual, sin duda es una construcción seria y objetiva que puede ser aceptada en un sistema jurídico como el nuestro, ante el juez natural del caso. De esta tesis, se destacan las siguientes reglas:

a.- No se puede acceder a la reliquidación de una pensión concedida de conformidad con la Ordenanza N° 057 de 1966, debido a que la declaratoria de nulidad de ésta implica que cualquier emolumento adicional tienen un fundamento jurídico ilegal.

b.- Las pensiones otorgadas en virtud de la Ordenanza nula, tienen carácter especial y, por ello, no les es aplicable el régimen general.

34.2 La otra tesis, que favorecía los intereses de la accionante también expone argumentos sólidos y constitucionalmente viables, pues desde este punto de vista se indica que, si bien se reconoce la invalidez del fundamento de la pensión, las circunstancias que rodean a la misma no pueden caer en un vacío normativo que desconocería los derechos de esos pensionados. Por tanto, se argumenta que, al desaparecer el fundamento de esas pensiones, éstas deben ser asumidas por la regulación general aplicable al caso (normas ordinarias de pensiones de docentes a nivel nacional). En efecto, de esta opción hermenéutica puede extraerse que:

*a.- **Los docentes que fueron pensionados en virtud de la Ordenanza N° 057 de 1966 no tienen un régimen especial, porque a pesar de que el reconocimiento pensional se dio bajo unos requisitos especiales (tiempo de servicio), ello no le resta el carácter de ordinaria a dicha pensión.***

*b.- La Ordenanza que fue declarada nula reguló el derecho a la pensión como tal, no a la reliquidación que **debe ser reconocida con fundamento en las normas reguladoras de la pensión ordinaria de jubilación de docentes.*** (negritas fuera de texto)

En cuanto al régimen especial de los educadores, la Ley 115 de 1994, que contiene la Ley General de Educación, señaló:

“Art. 115 Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.”

La Ley 91 de 1989 sobre el tema que nos ocupa dispuso:

“Art. 1º. Para los efectos de la presente ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

Personal Nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

Personal Nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

Personal Territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1º de enero de 1976, sin en el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la ley 43 de 1975.

PARÁGRAFO. Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.

(...)

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 1º de enero de 1990, será regido por las siguientes disposiciones:

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley.”. (Resaltado fuera de texto)

Ulteriormente, la Ley 60 de 1993, preceptuó en su artículo 6:

(...)

El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otras clases de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital, y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. ...”

La Ley 812 de 2003, en su artículo 81 sobre el régimen prestacional de los docentes oficiales señala:

“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. (Resalto fuera del texto)

Ahora bien, el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, señala:

(...)

Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.”

Así mismo, respecto del régimen aplicable a los docentes, el Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, en relación con el régimen pensional dispuso:

"Parágrafo transitorio 1º. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".

Debe decirse que, para este caso no son aplicables las sentencias C-258 DE 2013, SU-230 de 2015, y SU-395 de 2017 de la Honorable Corte Constitucional, en virtud a que en ellas se realizó un análisis de interpretación en relación con que debía entenderse por índice base de liquidación IBL, con fundamento en el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo cual ante lo ya expuesto y al hacer un análisis conjunto del régimen especial al que se encuentran sometidos los docentes, es claro para el despacho que las sentencias antes mencionadas no son aplicables para el reconocimiento y reliquidación de las pensiones de los educadores, como quiera que los mismos no se encuentran sometidos al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, **pues la aplicación de la Ley 33 de 1985 no deviene de la norma transicional, sino única y exclusivamente de los mandatos señalados en la Ley 91 de 1989 y posteriores que regularon el régimen prestacional de los mismos, así como de la Ley 812 de 2003 debido a la fecha de vinculación al servicio del educador.**

En igual sentido, la Ley 33 de 1985, norma que como ya se indicó es aplicable a los docentes, establece que:

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

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

(...)

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.

En orden a lo expuesto anteriormente y en relación con los factores salariales que deben tenerse en cuenta, el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por artículo 1º de la Ley 62 de 1985 señaló:

"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 la 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)*

8.2. 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 -2019⁵, 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.

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

⁵ 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

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.

9. CASO CONCRETO

El señor **Gerardo William Montoya Echeverry** nació el 14 de junio de 1943⁶ e ingresó a laborar el 18 de marzo de 1965 al Departamento del Tolima como docente nacionalizada en el cargo de maestro oficial de básica secundaria, realizando aportes a la Caja de Previsión Social departamental y el 10 de julio de 1986, solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación por haber laborado más de 20 años al servicio del ramo oficial.

Que mediante resolución No **0350 del 10 de marzo de 1987** la Dirección de la Caja de previsión social del Tolima en cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 25 de la ordenanza 057 de 1966, reconoció la pensión mensual vitalicia de jubilación al accionante, aplicando el 75% del sueldo promedio mensual teniendo en cuenta como factores salariales el sueldo, la prima de navidad y la prima de alimentación devengados durante el último año de servicio comprendido entre el 2 de junio de 1985 al 1 de junio de 1986 y efectiva a partir del 2 de junio de 1986.

Que mediante resolución No **1136 del 4 de diciembre del 2005** la secretaria administrativa de la Gobernación del Tolima y el fondo territorial de pensiones públicas del Departamento del Tolima ordenaron la reliquidación de la pensión vitalicia de jubilación del accionante en razón a que mediante resolución No. **1941 del 23 de diciembre del 2002**, se aceptó la renuncia del señor **Montoya Echeverry** a partir del 30 de diciembre del 2002.

El accionante el 7 de enero del 2014 solicitó al Departamento del Tolima la reliquidación de la pensión única y ordinaria de jubilación para que se incluyeran como ingreso base de liquidación todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Mediante oficio No. **123 del 24 de enero del 2014** la entidad accionada negó la petición en razón a que el Fondo Territorial de Pensiones liquidó la pensión en aplicación del artículo 9 Ley 71 de 1988 tomando como base el 75% del promedio mensual de los haberes devengados en el último año de salarios y sobre los cuales se haya realizado aportes al ente de previsión social

En apartes del mencionado oficio indicó, que acorde con el pronunciamiento del Consejo de Estado la pensión de jubilación otorgada con fundamento en el artículo 25 de la ordenanza 057 de 1966 no es una pensión especial diferente a la de jubilación, sino que Asamblea departamental señaló unos requisitos especiales para el reconocimiento de la

⁶ Fotocopia cedula ciudadanía folio 37

pensión de jubilación a los maestros de educación básica en el Departamento del Tolima, a saber, 20 años de servicio y cualquier edad y aplicación del 75% de lo devengado en el último año de servicios como asignación salarial, realizando aportes a la Caja de Previsión únicamente sobre el sueldo, ordenanza que fue declarada nula pero respetando los derechos adquiridos

En otro aparte del memorial la entidad territorial indica que el Consejo de Estado respecto a lo establecido en el artículo 36 la Ley 100 de 1993 sobre las situaciones jurídicas consolidadas, no legalizó los actos administrativos que crearon prestaciones extralegales para los servidores públicos, sino que, se limitó a respetar las situaciones de carácter individual consolidadas.

Acorde con el anterior pronunciamiento de la Honorable Corte Constitucional en el caso bajo estudio y en aplicación del principio de la favorabilidad en materia laboral, se analizará la pretensión de reliquidación de la pensión ordinaria de jubilación del señor **Montoya Echeverry**, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional y las normas aplicables a los docentes en materia pensional.

En vista de lo anterior, el estudio de la reliquidación pensional del accionante como lo han indicado los antecedentes jurisprudenciales debe hacerse de conformidad con la Ley 33 de 1985, la cual 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, sobre los cuales se realizaron aportes a la respectiva Caja de Previsión Social

Por lo anteriormente expuesto, es claro que en relación con los factores salariales a tener en para el ingreso base de liquidación de la mesada pensional del señor Gerardo William Montoya Echeverry luego de la declaratoria de nulidad de la ordenanza 057 de 1966, son los establecidos en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Según certificado expedido por la Secretaría de Educación del departamento del Tolima⁷, el demandante en el último año de servicio además del sueldo básico, en periodo comprendido del 1 de enero del 2002 al 31 de diciembre del 2002 devengó **prima de navidad y prima de vacaciones**.

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

En este orden de ideas, y conforme a lo dispuesto en el artículo 48 constitucional y la Ley 33 de 1985, y en la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa como quiera que la actora no demostró que hubiese hecho aportes al sistema de seguridad social en pensiones administrado por la Caja de previsión

⁷ Folio 35 cuaderno principal.

social del Tolima sobre las mencionadas **primas de navidad y de vacaciones**, las pretensiones de la demanda deben ser negadas.

10. Recapitulación

En conclusión y teniendo en cuenta que la prestación económica reconocida al señor Gerardo William Montoya Echeverry, en vigencia de la ordenanza No 057 de 1966 expedida por la Asamblea departamental del Tolima tenía la calidad de especial y única y exigía como único requisito haber laborado 20 años al servicio de la docencia oficial y que la sentencia del Consejo de Estado que confirmó la nulidad de la mencionada ordenanza por incompetencia de la entidad que la expidió, respetó los derechos de los docentes que habían adquirido el derecho pensional durante su vigencia, también indicó que la misma es una pensión vitalicia de jubilación de carácter ordinario, sujeta por lo tanto a la normatividad general de pensiones, esto es, las leyes 33 y 62 de 1985, que establecen que los factores salariales a tener en cuenta para el ingreso base de liquidación de las pensiones, son aquellos sobre los que el docente haya realizado aportes a la respectiva Caja de previsión social y en ese orden de ideas, como quiera que la actora no demostró que hubiese hecho aportes al sistema de seguridad social en pensiones administrado por la Caja de previsión social del Tolima sobre las mencionadas **primas de navidad y de vacaciones**, se negarán las pretensiones de la demanda, declarando que los actos administrativos demandados, se encuentran ajustados a derecho.

11. 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 y a favor de la entidad demandada, 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, 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: Líquidense 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

Firmado Por:

LUIS MANUEL GUZMAN
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 10 ADMINISTRATIVO IBAGUE

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

Código de verificación:

4244eacf9150446c004937508b37444858873b7ecf47fb49133b403ee4f14c87

Documento generado en 09/10/2020 10:55:34 a.m.