



Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, primero (1) de diciembre del dos mil veintiuno (2021)

Radicado: 73001 33 33 010 2020 00279 00.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: ELIA MARÍA CAICEDO DE SERENO.
Demandado: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES
Asunto: Reliquidación pensión
Sentencia: 00046

I. ANTECEDENTES

En atención a la decisión proferida en la audiencia adelantada el veinticinco (25) de noviembre del dos mil veintiuno (2021), donde se manifestó **que se negarían las pretensiones** de la demanda que promovió la señora **ELIA MARÍA CAICEDO DE SERENO** en contra del **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA - FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES**, el despacho procede a emitir los argumentos que soportan dicha decisión dentro del término legal señalado en el numeral 2º del artículo 182 de la Ley 1437 de 2011.

I. PRETENSIONES

1.1 Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No **1121 del 26 de mayo del 2014**, mediante el cual se negó la reliquidación de la pensión de jubilación a la señora **Elía María Caicedo de Sereno**, con inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios, tales como las doceavas partes de las primas de navidad y de vacaciones.

1.2 Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución No **0156 del 24 de mayo del 2014**, mediante la cual el Gobernador del Departamento del Tolima resolvió el recurso de apelación confirmando en su integridad el acto atacado y declarando agotada la vía gubernativa.

1.3 Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho se condene al Departamento del Tolima - Fondo territorial de pensiones, a efectuar la revisión y reliquidación de la pensión de jubilación a la accionante, incluyendo para ello las primas de navidad y de vacaciones que devengó durante el año inmediatamente anterior al retiro definitivo del servicio y todos los demás factores salariales que no se le tuvieron en cuenta para la cuantificación de la mesada pensional y por ende incrementar y reajustar las mesadas producto de la inclusión de los factores en cita, junto con el retroactivo pertinente y con los acrecimientos que se causen durante el desarrollo del proceso y hasta que se haga efectiva la sentencia que así lo ordene

1.4 Que se condene al Departamento del Tolima - Fondo territorial de pensiones a cancelar la diferencia entre lo pagado como pensión de jubilación y la suma que realmente le correspondía, incluida la indexación y los ajustes de intereses que confiere la ley, liquidados mes por mes, más los acrecimientos que se causen durante el desarrollo del proceso y hasta que se haga efectiva la sentencia que así lo ordene.

1.5 Se condene al Departamento del Tolima - Fondo territorial de pensiones a que, sobre las diferencias adeudadas, se le pague a la accionante, las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor de dichas sumas, conforme al IPC o al por mayor, tal como lo autoriza el CPACA.

1.6 Que del retroactivo se descuenten los aportes para salud y pensión, únicamente desde tres (3) años hacia atrás, contados a partir del agotamiento de la vía gubernativa y/o presentación de la demanda y de ahí, hacia adelante, hasta que se efectuó el pago del retroactiva a la accionante.

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

1.8. Se condene al Departamento del Tolima que si no cumple con la sentencia dentro del término de treinta (30) días, le pague a la accionante, intereses moratorios conforme al artículo 195 del CPACA y la sentencia C-188 del 29 de marzo de 1999 de la Corte Constitucional que declaro parcialmente inexecutable el artículo 177 del C.C.A

1.9. Que se condene a la entidad demandada al pago de costas conforme al artículo 1881 del CPACA y la ley 446 de 1996.

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 la señora **Elia María Caicedo de Sereno** ingresó a laborar en la docencia oficial el 1 de enero de 1967 y cumplió 20 años de servicio el 31 de diciembre del 1986, adquiriendo el status de pensionada el 1 de enero de 1987.

2.2 En razón a lo anterior la Caja de previsión social del Tolima (hoy Fondo territorial de pensiones) mediante resolución No **1498 del 21 de septiembre de 1987** reconoció pensión vitalicia de jubilación a la señora **Elia María Caicedo de Sereno** por haber laborado 20 años como docente en el sector público efectiva a partir del 1 de enero de 1987

2.3. Que la accionante devengó sueldo, prima de navidad y prima de vacaciones durante el ultimo año de servicios comprendido entre el 17 de enero del 2011 al 16 de enero del 2012

2.4. Mediante resolución **No 2315 del 23 de octubre del 2012**, el fondo territorial de pensiones de la Gobernación del Tolima reliquido la pensión de jubilación de la accionante en razón al retiro definitivo del servicio, sin tenerle en cuenta en el ingreso base de liquidación pensional, todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

2.5. Mediante apoderado el 19 de mayo del 2014 radicado No 20637 la accionante solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación, para que se le incluyera en el ingreso base de liquidación pensional, todos los factores salariales devengados en el último inmediatamente anterior al retiro del servicio.

2.6. El Fondo Territorial de pensiones resolvió negativamente la solicitud con oficio No 1121 del 26 de mayo del 2014, interponiéndose recurso de apelación para ante el Gobernador del Departamento del Tolima.

2.7. El Gobernador del Departamento del Tolima resolvió el recurso de apelación expidiendo la resolución No 0156 del 24 de mayo del 2014 y confirmando el oficio atacado.

2.8. Que a la entrada en vigor de la ley 33 de 1985 - 13 de febrero -, la accionante contaba con mas de 15 años de servicio y se encontraba próxima a ser pensionada por el Departamento del Tolima y luego de pensionada continuó realizando la labor de docente.

2.9. Que el régimen pensional aplicable es el establecido en el decreto 1848 de 1969 articulo 73, el cual señala: “el valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al 75% del salario y primas de toda especie percibidas en el ultimo año de servicios”, resaltando que la disposición es sobre salarios devengados y no por aportes sufragados como lo exigía la pensión por aportes indicada en la ley 71 de 1988 inaplicable para los empleados oficiales con mas de 20 años de servicio.

2.10. Que el derecho a reclamar la pensión y la reliquidación son un derecho imprescriptible y sin caducidad de la acción por tratarse de obligaciones periódicas y de tracto sucesivo, encontrándose la accionante legitimada para incoar la presente demanda.

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

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada dentro de la oportunidad legal contestó la demanda¹ oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones planteadas por la parte actora por considerar que está actuando sin fundamento legal alguno y al ser denegadas las mismas se debe condenar en costas, puesto que la entidad no le ha causado perjuicio alguno, ni le ha vulnerado derechos a la accionante.

Que el derecho pensional de la peticionaria fue reconocido bajo las disposiciones legales que en su momento se encontraban vigentes y que le resultaban más favorables como lo es la Ordenanza 057 de 1966, la cual señala en su artículo 25 que las pensiones de jubilación de maestros serán reconocidas cuando se tenga 20 años de servicios continuos o discontinuos en el sector oficial, sin consideración a la edad; en consecuencia una vez se escoja una norma por su favorabilidad para adquirir su derecho pensional, debe ser aplicada en su integralidad para no trasgredir el principio de inescindibilidad de la norma jurídica y no tener beneficios adicionales equiparándose con otras normas que no sirvieron de sustento para adquirir su derecho y el monto de la pensión lo señaló el artículo 19 ibídem que será el 75% del promedio mensual de sueldos devengados en el último año de servicios.

Respecto de la reliquidación de la pensión de jubilación, el artículo 9 de la Ley 71 de 1988, prescribe que “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.” Lo anterior guarda armonía con el artículo 48 de la constitución política de Colombia, adicionado por

¹ Archivo 09 contestación demanda Departamento Tolima expediente digital.

el artículo 1º del acto legislativo 01 de 2005, que reza: "... Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones..." y tiene su fundamento en el desarrollo del principio de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones.

Que es de resaltar que la pensión de jubilación reconocida a los docentes al servicio del Magisterio Oficial del Departamento del Tolima, bajo la normatividad de la Ordenanza 057 de 1966, les es reliquidada por retiro definitivo del servicio, aplicando normas nacionales, como son la Ley 33 de 1985 y la Ley 71 de 1988.

La citada reliquidación, se efectúa con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio, en cuando a sueldo se refiere; pero sin tenerles en cuenta todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios, razón y causa del petitum en agotamiento de vía gubernativa, por lo tanto, sí hay una reliquidación pensional, pero parcial.

Indicó que la ley 71 de 1988 en su artículo 9 estableció que: "...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 último año de salario y sobre los cuales haya aportado al ente de Previsión Social..."

Que en su pronunciamiento el Consejo de Estado el 2 de marzo de 2000, se refirió a la naturaleza jurídica de la pensión reconocida en la ordenanza 57 de 1966, donde afirmó que se trataba de una pensión de jubilación con regulación especial; no de una pensión especial diferente a la jubilación, en la cual se señaló unos requisitos especiales para su reconocimiento como fueron 20 años de servicio y cualquier edad, y fijó el 75% de lo devengado en el último año de servicio, como asignación salarial para acceder a este derecho; además estos docentes únicamente aportaban a la Caja de Previsión sobre su correspondiente sueldo.

98. Señaló que el artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como "un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y **solidaridad**, en los términos que establezca la Ley". El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como "[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil".

99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual, en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, **solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.**

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas **de cotización**. Para la liquidación de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones"

Por lo anterior solicitó muy respetuosamente negar las pretensiones de la demanda, también al despacho declarar probada cualquier excepción, que resulte configurada a lo largo del desarrollo procesal, de conformidad con lo establecido por el artículo 187 inciso 2º del CPACA.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

4.1. Parte demandante

El apoderado de la parte actora en los alegatos finales realizó un recuento histórico señalando que ya llevan mas de 25 años incoando pretensiones para el reconocimiento y reliquidación de las pensiones de los docentes departamental del Tolima, se han presentado muchas afugias y en un principio los jueces eran dubitativos, algunos accedían a las pretensiones, otros no, y así mismo pasaba con el honorable Tribunal administrativo.

Ya del año 2017, me vi en la obligación de presentar tutelas, en contra del honorable Tribunal administrativo, por violación directa de la Constitución Nacional, frente a principios como el de la buena fe, derechos adquiridos y de la retroactividad etc.

El Consejo de Estado después de muchos análisis, determinó que efectivamente teníamos la razón, porque se encontró jurisprudencia contrapuestas, presentadas por el mismo Consejo de Estado, especialmente en la sección segunda subsección A y la subsección B, y una jurisprudencia del 2007 negaba el derecho a la reliquidación, pero posteriormente por unanimidad con jurisprudencia del 2010 accedió a que estos docentes tuvieran derecho a la reliquidación de la pensión.

Algunas de estas sentencias, su señoría, fueron revisadas por la honorable Corte Constitucional, dándole el merito a las sentencias que avalaban el derecho incoado a favor de los docentes, en su concepto hubo fallos de tránsito a cosa juzgada constitucional, frente a estos derechos incoados.

Esgrime que esa reliquidación con los factores que en esta caso estamos estudiando, doceavas partes de la prima de navidad y de la prima de vacaciones, no solamente tiene soporte jurisprudencial, sino también soporte legal, porque el decreto 1045 de 1978, expresa en su artículo 45 manifiesta que para la liquidación de la pensión y de las cesantías, de los empleados oficiales, trabajadores oficiales, se les debe reconocer en la liquidación y en la reliquidación las doceavas partes de la prima de navidad y de la prima de vacaciones, norma que todavía está vigente su señoría y el legislador determinó y que a pesar de que no eran exactamente un factor determinante como el sueldo o el salario devengado, para asuntos de carácter prestacional esa dos primas, si deberían reconocerle por parte de la administración, los operadores jurídicos y los jueces, en la liquidación de las pensiones de jubilación aceptando las doceavas partes de dichas primas.

La honorable Juez Décima administrativa del circuito de Ibagué, es la que más ha abanderado esta situación, en donde ha manifestado en forma muy clara que las jurisprudencias de unificación del año 2018 y del año 2020, por parte del Consejo de Estado, año 2019 del Consejo de Estado son únicamente de la sección segunda no del Consejo de Estado en pleno.

Primero porque a los docentes no se les aplica la ley 100 de 1993, segundo su régimen jurídico es un régimen muy especial, la ley 71 de 1989 y que la hace retroactiva, para asuntos de carácter prestacional, si observa su señoría estas jurisprudencias del Consejo de Estado hablan de que se les aplicaría la ley 33 y la ley 62 de 1985, para aquellos funcionarios que se pensionaron de 1980 en adelante, por eso invoco esta jurisprudencia, y solicita acceda a las pretensiones de la demanda, su señoría.

4.2. Parte demandada

A su turno y en la misma diligencia la apoderada de la parte accionada señaló que, teniendo en cuenta que el fallo es de puro derecho y las pruebas ya fueron allegadas, se permitió solicitar muy respetuosamente al despacho, sean negadas las suplicas de la misma.

4.3. Concepto ministerio público.

El agente del ministerio público en su concepto señalo que, observado el acervo probatorio y de conformidad con el decreto 1848 de 1969, el decreto 1045 de 1978, la ley 33 de 1985, el artículo 53 de la Constitución nacional, la sentencia de tutela del 14 de abril del 2016, bajo el radicado No 2016-00392 00 y de acuerdo con la ordenanza 057 de 1966, este agente del Ministerio publico considera que le asiste razón a la demandante para que se le reliquide su pensión, siempre y cuando se le descuente los descuentos de ley, que tenga a lugar.

5. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

5.1 Tesis de las partes

5.1.1 de la parte accionante

Considera que es procedente la reliquidación de la pensión porque el Departamento del Tolima al negarle el reajuste no preservó derechos laborales del accionante, negándole un derecho claro, apartándose de los derechos, principios y garantías que como ciudadano tiene derecho y que el Estado debe preservar y proteger, perjudicándolo desde el punto de vista económico, social, cultural, recreativo puesto que la pensión, es la principal recompensa que recibe un trabajador, luego de entregar varios años de su vida útil y su capacidad laboral al empleador y teniendo en cuenta que el derecho a la seguridad social lleva consigo la posibilidad de obtener una pensión justa y digna, por tanto, la misma se debe reconocer incluyendo todos los factores salariales que el accionante devengó en el último año de servicio

5.1.2 De la parte accionada

Deben negarse las pretensiones teniendo en cuenta la disposición general en materia de pensiones contenida en el artículo 9 ley 71 de 1988, el cual establece la liquidación de las pensiones sobre los salarios del último año de servicio para las personas pensionadas o con derecho a la pensión en el sector público que no se hayan retirado del servicio, tendrán derecho sobre el promedio del último año, sobre el cual haya aportado al ente de previsión social, porque los factores salariales devengados por el demandante en el último año de servicios no sirvieron como base para la cotización al sistema pensional y los factores a 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.

6. Problema Jurídico

Procede el despacho a determinar si, ¿debe ordenarse la reliquidación de la pensión de jubilación de la accionante con inclusión de las primas de navidad y vacaciones devengadas en el último año de servicios, como factores salariales, o en su lugar debe declararse que los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a derecho?

6.1 Tesis del despacho

Se negarán las pretensiones de la demanda, en razón a que la pensión de jubilación de la 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 lo que dispone la Constitución Política en el artículo 48, acogiendo los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado en las sentencias de unificación de agosto del 2018 y abril del 2019, la sentencia del 8 de abril del 2021 del Tribunal Administrativo del Tolima en el proceso 2018-375-01, así mismo por cuanto no se probó que sobre los factores salariales (prima de navidad y de vacaciones) que el actor reclama se le incluyan para la reliquidación de la pensión, el accionante hubiese hecho cotización alguna al sistema de seguridad social.

6.2 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 esta serían respetados y como consecuencia de esa declaración la pensión decretada a favor de los docentes y reconocida al hoy demandante adquirió el carácter de ordinaria, sujeta a la aplicación de la normatividad general.

6.3 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.

Acorde con el problema jurídico planteado y con los hechos de la demanda esbozados por la parte accionante, debe resaltarse en primer lugar que el régimen de transición que nos ocupa es el contemplado en el parágrafo 2 artículo 1 de la Ley 33 de 1985, que indica:

Artículo 1: *“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." (Negrillas fuera de texto)

El decreto 1045 del 7 de junio de 1978 estableció como factor salarial, los siguientes:

ARTICULO 45. DE LOS FACTORES DE SALARIO POR LA LIQUIDACION DE CESANTIA Y PENSIONES. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran 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.

El Congreso de la Republica expidió la ley 812 del 26 de junio del 2003, por medio del cual se aprobó el plan nacional de desarrollo y en el artículo 81 estableció régimen prestacional de los docentes oficiales:

Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el **establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.**

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

6.4. Marco Jurisprudencial

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

Respecto de las pensiones concedidas con fundamento de la ordenanza 057 de 1966, la Corte Constitucional en sentencia T-024 del 2018² se pronunció y, por lo tanto, el despacho trae a colación algunos de sus apartes:

En esa medida, las personas acudieron a las distintas instancias judiciales para buscar una solución a sus peticiones de reliquidación, y ese ejercicio litigioso dio como resultado la posibilidad de dos interpretaciones de la situación jurídica de estos docentes.

25.1. La **primera interpretación** indica que los docentes que obtuvieron su pensión bajo los parámetros de la Ordenanza N° 057 de 1966, no pueden ser beneficiarios de otro tipo de emolumentos, ya que, el fundamento jurídico de su prestación es ilegal. Esta postura fue reconocida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en especial, en la sentencia del 7 de junio de 2007, que expresamente indicó:

“Conforme a lo expuesto, si la reliquidación de la pensión a la que aspira el demandante tiene su fundamento en lo establecido por la Asamblea del Tolima, y tal acto por ser contrario a la Constitución fue declarado nulo por esta jurisdicción, la petición no puede prosperar...

(...)

En estas condiciones mal podría la Sala reconocer un emolumento con base en una norma que ya fue declarada nula. En otras palabras, la Ordenanza no le sirve al demandante de sustento de su pretensión. La administración en el acto administrativo demandado negó el derecho al peticionario, entre otros, bajo el argumento de que la liquidación pensional se efectuó con fundamento en la Ordenanza 57 de 1966. El estudio de legalidad del acto conforme a los argumentos que expresa el demandante y que adujo ante la administración, tendientes a que se incluyan en su liquidación todos los sueldos devengados en el último año de servicios, incluidos la prima de navidad y académica, implicaría para la Sala, necesariamente, revisar la decisión acusada a la luz de la disposición (Ordenanza) que sirvió de sustento al acto de reconocimiento y liquidación de la prestación, disposición que ya ha desaparecido del ordenamiento jurídico, motivo por el cual no están llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda”.

25.2 La **segunda interpretación** es aquella que precisa que a pesar de que el fundamento normativo de las pensiones de estos docentes fue declarado nulo, ello no puede suponer que tales prestaciones queden en un vacío jurídico respecto de los demás aspectos que pueden surgir a partir del reconocimiento de una pensión. En esa medida, es claro que para efectos de la reliquidación de las pensiones concedidas bajo la Ordenanza anulada, tales pensiones están sujetas a las normas que regulan las pensiones ordinarias de los docentes. En efecto esta postura, fue recogida, entre otras por la sentencia del 18 de febrero de 2010, expedida por la misma Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que al analizar un caso análogo al presente sostuvo:

² Sentencia T-024/18 Referencia: Exp. T-6.409.614 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. M. P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

“La actora fue pensionada al cumplir el requisito ‘tiempo de servicio’ que la Ordenanza 057 de 1966 estableció, pero ésta 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 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 petitionar 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...**”*

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.”

7. Caso concreto

El despacho en el presente litigio analizara si la actora tiene el derecho a que se le reliquide la pensión vitalicia de jubilación incluyendo las primas de navidad y vacaciones devengadas en el año inmediatamente anterior al retro del servicio, como factor salarial.

7.1. Hechos jurídicamente relevantes

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1. Que la señora Elia María Caicedo de Sereno ingresó a laborar el 1 de enero de 1987 cumplió 20 años de servicio el 31 de diciembre de 1986	Documental: Extraído de la resolución No 1498 del 21 de septiembre de 1987 (Pág. 2 -3 archivo 10 expediente administrativo del E.D.)
3. Que la Caja de previsión social del Tolima reconoció la pensión mensual vitalicia de jubilación a la accionante, teniendo en cuenta como IBL el 75% del promedio del sueldo básico mensual, la prima de navidad y prima de vacaciones devengados durante el último año de servicio, comprendido entre el 1 de enero de 1986 y el 31 de diciembre de 1986, y efectiva a partir del 1 de enero del 1987, acorde con lo establecido en el artículo 25 de la ordenanza No 057 de 1966.	Documental. Copia resolución No. 1498 del 21 de septiembre de 1987 (Pág. 2 -3 archivo 10 expediente administrativo del E.D.)
4. Que la pensión de jubilación le fue reliquidada en razón al retiro definitivo del servicio de la accionante aplicando el 75% sobre los haberes devengados en el último año de servicio, comprendido entre el 17 de enero del 2011 al 16 de enero del 2012, establecidos en el artículo 9 ley 71 de 1988	Documental. Copia de la resolución No 2315 del 23 de octubre del 2012 (Pág. 51 -53 archivo 10 expediente administrativo del E.D.)
5. Que la demandante mediante derecho de petición radicado el 19 de mayo del 2014 solicitó a la accionada la reliquidación de la pensión de jubilación para que se incluyeran las primas de navidad y vacaciones como factor salarial en el ingreso base de liquidación, junto con el retroactivo debidamente indexado y los intereses moratorios a partir del 17 de enero del 2012	Documental: copia de solicitud radicado No 20637 del 19 de mayo del 2014 19 de mayo del 2014 (Pág. 41 - 50 archivo 10 expediente administrativo del E.D.)
6. La entidad accionada negó la petición	Documental. Copia oficio No 1121 del 26 de mayo del 2014 (Pág. 45 – 52 archivo 03 demanda anexos del E.D.)
7. En contra de la anterior decisión el actor interpuso recurso de apelación.	Documental. Extraído de la resolución No 0156 del 27 de junio del 2014 (Pág. 53- 58 del archivo 03 demanda anexos del ED y Pág. 54- 58 archivo 10 expediente administrativo del E.D.)
9. El Gobernador del Departamento del Tolima resolvió el recurso de apelación y confirmó el contenido del oficio 1121 del 27 de junio del 2014	Documental. Copia de la resolución No 0156 del 27 de junio del 2014 (Pág. 53- 58 del archivo 03 demanda anexos del ED y Pág. 54- 58 archivo 10 expediente administrativo del E.D.)
10. Que la actora devengó en el último año de servicios sueldo, prima de navidad y prima de vacaciones	Documental: Certificación de sueldos expedido por la Secretaría de Educación y cultura del Departamento del Tolima (Pág. 61 – 63 del archivo 03 demanda anexos del ED)

Mediante oficio No **1121 del 26 de mayo 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 1988³: *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, 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 armonía con el artículo 48 Constitucional adicionado por el artículo 1 del acto legislativo 01 del 2005, que establece: “para la liquidación de las pensiones solo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiera efectuado cotizaciones”.*

³ 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.**

En apartes del citado oficio, se indicó que la pensión de jubilación fue otorgada a la accionante con fundamentó en disposiciones legales vigentes en su momento – **artículo 25 ordenanza 057 de 1966** - que señalaba como único requisito: “la pensión de jubilación será reconocido a los maestros cuando se tenga 20 años de servicio continuos o discontinuos en el sector oficial”, por tanto la norma, debe ser aplicada en su integralidad para no trasgredir el principio de inescindibilidad de las normas, sin ampararse en otras normas que no sirvieron de sustento para adquirir su derecho.

La Corte Constitucional en la **sentencia C-258 del 2013**, señaló:

“En efecto, el principio de solidaridad en la seguridad social, como ya se explicó, tiene dos implicaciones; i) la obligación de los afiliados al sistema de contribuir a su financiación de acuerdo con sus capacidades, de tal forma que los que más ingresos tienen contribuyan en mayor medida financiar el sistema y ii) la obligación del sistema, a su turno, de brindar protección especial a los sectores más pobres y vulnerables, quienes por sus propios medios no podrían enfrentar las contingencias frente a las que la seguridad social ofrece amparo. Esta exegesis de la solidaridad fue además acogida por el acto legislativo 01 del 2005, cuyo inciso 6 expresamente dispone: para la liquidación de las pensiones solo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiera efectuado cotizaciones”.

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 de la señora **Elia María Caicedo de Sereno**, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional y las normas aplicables a los docentes en materia pensional.

El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y **solidaridad**, en los términos que establezca la Ley⁴

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”.

En un caso de similares condiciones al que nos ocupa, el Honorable Tribunal Administrativo del Tolima⁵, al resolver un recurso de apelación realizó un juicioso y concienzudo análisis de las normas expedidas con anterioridad a la promulgación de la Ley 33 de 1985 con el objetivo de dilucidar la normatividad aplicable a los docentes vinculados al sector oficial y así establecer los factores salariales sobre los cuales se debe reliquidar las pensiones de los docentes reconocidas al amparo de la ordenanza 057 de 1966.

⁴ Consejo de Estado sala Plena. C. P Cesar Palomino Cortés. radicado No. 52001 23 33 000 2012 00143 01 del 28 de agosto del 2018. Sentencia de unificación jurisprudencial.

⁵ Tribunal Administrativo Del Tolima Sala de Oralidad M. P.: Luis Eduardo Collazos Olaya. 8 de abril del 2021. N y R Radicado: 73001-33-33-001-2018-00375-01 Demandante: Melania Marroquín de Vásquez Demandado: Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones Apoderado: Tema: Reliquidación pensional. reconocida bajo Ordenanza 057 de 1966

En su estudio el honorable Tribunal señaló que en providencia No 0450/09 del 10 de febrero del 2011 el Consejo de Estado expresó que: *“los docentes son empleados oficiales de régimen especial, lo cual comprende su ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro, pero no ocurre lo mismo respecto al régimen pensional, en la medida que las citadas normas no previeron requisitos específicos para los docentes”*

La Ley 6 de 1945 en su artículo 17, sobre prestaciones oficiales, consagró: *“la pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo”*.

En principio esta ley rigió para los empleados del sector público nacional y del sector privado, que luego se extendió al territorial. En materia de jubilación, esta ley se aplicó en el ámbito nacional hasta la expedición del Decreto 3135 de 1968 que indicaba:

“Art. 27 El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio

Sin embargo, el artículo 27 citado fue expresamente derogado por el artículo 25 de la Ley 33 de 1985, en los siguientes términos: *“Artículo 25. Esta ley rige a partir de su sanción y deroga los artículos 27 Y 28 del Decreto extraordinario 3135 de 1968 y las demás disposiciones que le sean contrarias.”*

En otro de los apartes de la sentencia el Tribunal señaló:

“Tanto el Decreto ley 3135 de 1968, como su reglamentario (Decreto 1848 de 1969), se expidieron y aplicaron para servidores de la rama ejecutiva nacional del poder público.

Respecto de los servidores de los entes territoriales, en materia pensional continuaron sometidos a la Ley 6 de 1945 y normas complementarias y modificatorias, hasta la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985.

Esta ley exceptuó de su aplicación a los empleados oficiales que disfrutaban de un régimen especial de pensiones.

El Decreto ley 2277 de 1979, estatuto docente, indudablemente que comprende un régimen “especial” de los educadores; pero, esta disposición no regula las pensiones de jubilación u ordinarias de los mismos, de modo que es preciso remitirse a la regulación general de la Ley 33 de 1985.” (negrilla fuera de texto)

Por lo anteriormente expuesto, es claro que en relación con los factores salariales a tener como ingreso base de liquidación de la mesada pensional de la señora **Elia María Caicedo de Sereno** luego de la declaratoria de nulidad de la ordenanza 057 de 1966, son los establecidos en las Leyes 33 y 62 de 1985.

10. De las pretensiones. inclusión de otros factores salariales

En la demanda el apoderado señaló que al entrar en vigor de la ley 33 de 1985, el accionante contaba con más de 15 años de servicio por lo tanto es beneficiaria del régimen de transición establecido en el parágrafo 2 del artículo 1 ibidem, indicando se deben aplicar las disposiciones contenidas en normas anteriores, haciendo énfasis en los factores salariales en ellas señaladas.

Con base en lo anterior, pretende que el despacho declare la nulidad de los actos administrativos demandados y como consecuencia se ordene reliquidar la pensión de jubilación de la señora **Elia María Caicedo de Sereno**, teniendo en cuenta para ello los factores salariales establecidos en normas expedidas con anterioridad a la precitada ley - decreto 1045 de 1978- en aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral, en razón que aunque la misma, se haya reconocido en vigencia de la ordenanza 057 de

1966, es una pensión de carácter ordinario según la jurisprudencia del Máximo órgano de cierre de la jurisdicción y de la Corte Constitucional.

En primer lugar es diáfano para el despacho y no es materia de discusión en este litigio que, la accionante es beneficiaria del mencionado régimen, habida cuenta que la **señora Caicedo de Sereno** ingresó a laborar el 1 de enero de 1966 y la ley fue promulgada el 29 de enero de 1985 por tanto con un sencillo computo se puede establecer que habían transcurrido 19 años y 28 días de tiempo, desde su ingreso a laborar en el sector docente oficial hasta la fecha de promulgación de la citada norma, sobrepasando con creces los 15 años de tiempo de servicio, requeridos en la misma.

En segundo lugar, si bien es cierto que, aunque la pensión de jubilación se le haya reconocido al accionante, en vigencia, porcentaje y en los términos establecidos en la ordenanza 057 de 1966, también es cierto que, a voces del Consejo de Estado en la sentencia que confirmó la nulidad de la misma, la ordenanza no creó una pensión especial para los docentes, sino que concedió unos términos de tiempo de servicio para que los docentes que laborarán en los niveles de básica primaria y secundaria en el Departamento del Tolima, accedieran a la pensión de jubilación sin ningún otro requisito.

Así mismo, el Consejo de Estado en su providencia dejó bien claro, que a pesar de que el reconocimiento de la pensión se presenta bajo unos requisitos especiales, - los previstos en la referida ordenanza - ello no le resta el carácter de ordinaria a dicha prestación y por tanto, sujeta a las normas que en materia pensional, se expidan y le sean aplicables, teniendo en cuenta la fecha de ingreso al sector docente oficial y en el caso presente a la luz de la Ley 33 de 1985 que en su artículo 1 parágrafo 2 dispone: 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 armonía con lo expuesto, es evidente que, el régimen de transición establecido en el parágrafo en cita, conservó para sus beneficiarios el derecho a obtener una pensión acorde con la edad establecida en normas anteriores, sin indicar sobre cuales factores salariales debería realizarse la liquidación de la misma, señalando solamente que *“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”*⁶.

Por lo anteriormente expuesto y ante la expulsión de la ordenanza 057 de 1966 del mundo jurídico, es claro que los factores salariales que se deben tener en cuenta como ingreso base de liquidación de la mesada pensional de la **señora Caicedo de Sereno** son los establecidos en la Ley 33 de 1985, en la Ley 62 de 1985 y la Ley 71 de 1988 y sobre los cuales haya realizado aportes a la respectiva Caja de Previsión Social.

Según certificados expedidos por la Secretaría de Educación del Departamento del Tolima⁷, la demandante laboró desde el **1 de enero de 1966** hasta el **16 de enero del 2012**, cumpliendo 20 años de servicio el **31 de diciembre de 1987**, haciéndose acreedora a la pensión de jubilación, al cumplir con el requisito único establecido en la ordenanza 057 de 1966, así mismo que en el periodo comprendido del 17 de enero del 2011 al 16 de enero del 2012, la accionante devengó sueldo, prima de navidad y prima de vacaciones.

⁶ Inciso final artículo 3 ley 33 de 1985

⁷ archivo 03 demanda anexos. Expediente digital.

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 de 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, pues los docentes fueron exceptuados de la aplicación de la citada ley, por el artículo 279 ibidem.

Ahora bien, la aplicación de la Ley 33 de 1985 no deviene de la norma transicional de la ley 100 de 1993, 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 de la educadora al servicio docente.

El Honorable Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, con ponencia de la magistrada Sandra Lisset Ibarra Vélez, en sentencia del veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020), radicado: 25000- 23-42-000-2013-03453-01(3290-18), señaló:

“25. En conclusión, de conformidad con el régimen de transición establecido por la Ley 33 de 1985 en el inciso 1 del párrafo 2 de su artículo 1, si para el 13 de febrero de 1985, fecha en la cual cobró vigencia dicha ley, el empleado oficial ha reunido los 15 años de servicios continuos o discontinuos, se tiene que es destinatario de la pensión de jubilación de conformidad con lo ordenado por el literal b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, es decir con el cumplimiento de 50 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos, en cuantía equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio, y con los factores salariales contenidos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

*26. Ahora bien, sobre la norma anterior que resulta oponible por virtud del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, se considera que la lectura desprevenida del párrafo 2 de su artículo 1, **supone que solo sea para efectos de determinar la edad**; criterio que pese a ser contrario a lo que por mucho tiempo defendió la sección segunda, en cuanto a la aplicación integral e inescindible de la norma pensional, y a la noción de salario para integrar la base de liquidación pensional, será el que acogerá esta Sala, porque apunta a la real intención del legislador al distinguir expresamente qué aspecto protegía respecto de la norma anterior, **sustentado en su libertad de configuración normativa, y porque resulta ser la interpretación que de mejor forma se acopla a los principios constitucionales, según los cuales la pensión se liquida con los factores efectivamente cotizados, que en vigencia de la Ley 33 de 1985, eran los previstos en la Ley 62 del mismo año.***

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 indicó:

“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)

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 esta sirven para dilucidar cuales son los factores para tener en cuenta al momento de liquidación pensional de los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003.

El Consejo de Estado respecto del concepto de solidaridad constitucional, en la mencionada sentencia expresó:

99. *La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual, en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.*

100. *De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.*

101. *A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social.*

La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

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 afectan 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.”*

Esta misma posición se adopta en la sentencia de Unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019⁸, 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.

⁸ 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

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 o el docente, 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.

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.

Acorde con establecido en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, no es dable ordenar el reajuste de la mesada pensional con inclusión de los factores solicitados por el accionante, en razón a no encontrarse establecidos en el ordenamiento legal para la cotización de aportes al sistema de seguridad social y por ende ser factores salariales para la liquidación pensional, aunado a que el actor 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, las pretensiones de la demanda deben ser negadas.

11. Recapitulación

En conclusión y teniendo en cuenta que la prestación económica reconocida a la señora Elia María Caicedo de Sereno, 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 de 1985 y 62 de 1985, que establecen el régimen de transición y 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, 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.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

En el presente caso se observa que las pretensiones de la demanda fueron despachadas desfavorablemente, 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 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: Liquidense 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 Administrativo

10

Ibague - Tolima

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:

1a70567eeaa2dab024dc773865de30f3a9c1f42643fc8a30a0537adc41a7202b

Rad. 73001 33 33 010 2020 00279 00

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante: Elia María Caicedo de Sereno

Demandado: Departamento del Tolima – Fondo territorial de pensiones

Decisión: Niega pretensiones

Documento generado en 01/12/2021 10:56:55 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>