



Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, veintiocho (28) de junio del dos mil veintidós (2022)

Radicado: 73001 33 33 010 2020 00070 00.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: ELVER EGIDIO RINCÓN ÁLVAREZ.
Demandado: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA-FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES
Asunto: Reliquidación pensión de jubilación
Sentencia

I. ANTECEDENTES

Surtido el trámite legal establecido en Ley 2080 del 2021 artículo 42 que adicionó el artículo 182A de la Ley 1437 de 2011, generando la posibilidad de dictar sentencia anticipada. se procede a proferirla, en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió el señor **ELVER EGIDIO RINCÓN ÁLVAREZ** en contra del **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA - FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES**.

I. PRETENSIONES

1.1 Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución No. 2796 del 25 de septiembre del 2019, mediante el cual se negó la reliquidación de la pensión de jubilación al señor **Elver Egidio Rincón Álvarez**, con inclusión en el ingreso base de liquidación de los factores salariales prima de alimentación y doceava parte de la prima de navidad, percibidos en el último año de servicios

1.2 Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución No **0202** del **14 de noviembre del 2019**, mediante la cual el gobernador del Tolima resolvió el recurso de apelación y confirmó el contenido de la resolución atacada.

1.3 Declarar que el señor **Elver Egidio Rincón Álvarez** tiene derecho a que el Departamento del Tolima- fondo territorial de pensiones reliquide y pague la pensión de jubilación, incluyendo todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al retiro definitivo del servicio entre el 1 de agosto de 1991 al 30 de julio 1992.

1.4 Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho se ordene al Departamento del Tolima - Fondo territorial de pensiones a reconocer, reliquidar y pagar la pensión de jubilación tomando para ello la última asignación básica devengada, incluyendo todos los factores devengados prima de alimentación, prima de navidad, auxilio de transporte y todos los demás factores salariales percibidos en el último año de servicios.

1.5 Se condene al Departamento del Tolima - Fondo territorial de pensiones a cancelar el retroactivo pensional debidamente indexado desde la causación hasta la fecha de cumplimiento de la sentencia.

1.6 Condenar al Departamento del Tolima - Fondo territorial de pensiones a que sobre las sumas adeudadas se pague los ajustes de valor conforme al IPC.

1.7 condenar a la entidad accionada a reconocer y pagar los intereses comerciales y moratorios, a partir de la ejecutoria de la sentencia.

1.8. Una vez liquidada la nueva mesada pensional y se determine la diferencia entre lo pagado y lo dejado de pagar tomando como base la primera mesada pensional y en progresión aritmética y geométrica con aplicación del IPC año a año, mes a mes en una regresión compuesta para llegar a concluir el monto total y final de la pensión.

1.9 en caso de ordenar el despacho descontar los aportes devengados y no cotizados, se realice a partir del momento en que el accionante empiece a devengar los factores reclamados.

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

1.11 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 **Elver Egidio Rincón Álvarez** nació el **19 de agosto de 1939** e ingresó a laborar como servidor público docente el **5 de febrero de 1959** en forma continua e ininterrumpida hasta el **30 de julio de 1991**, por lo tanto, para el **28 de enero de 1985**, contaba con más 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 citada ley.

2.2 La Secretaría de Educación del Departamento del Tolima mediante resolución No **099 del 24 de febrero de 1981** reconoció la pensión de jubilación al señor **Rincón Álvarez** teniendo en cuenta el 75% de las asignaciones devengadas en el último año de servicios sueldo a partir del 5 de febrero de 1979, fecha en la que adquirió el derecho, 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 en el Departamento del Tolima y sin considerar la edad.

2.3 La pensión fue liquidada sin considerar la totalidad de los factores salariales devengados como son: prima de navidad, prima de alimentación, auxilio de transporte y demás factores percibidos, entre otros emolumentos devengados en el último año de servicios, lo que le representa una suma superior a la que la entidad demandada le reconoció.

2.4 Que mediante **Decreto 047 del 8 de enero de 1992** emanada de la Secretaria de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, se aceptó la renuncia presentada por el señor **Rincón Álvarez**¹

2.5. Al accionante se le reliquidó su pensión como establece el artículo 9 de la Ley 71 de 1988, mediante **resolución 0976 del 21 de septiembre de 1995**

¹ Extraído de la resolución No 2796 del 25 de septiembre del 2019. folio 15-18 archivo 03 expediente digital.

2.6 Que mediante derecho de petición radicado No **2019 EO 39233UAC** del **2 de septiembre del 2019** el accionante solicitó al Departamento del Tolima, la reliquidación de la pensión única de jubilación, para que se incluyeran los factores salariales devengados en el último año de servicio, del 1 de agosto de 1990 al 30 de julio 1991 tomando como base las normas ordinarias que regula las pensiones de todo servidor público y no la ordenanza 57 de 1966.

2.7 Mediante resolución No **2796 del 25 de septiembre del 2019**, la Secretaría Administrativa-Fondo Territorial de Pensiones negó el derecho de petición de un derecho imprescriptible, irrenunciable e inconciliable.

2.8 El demandante interpuso recurso de apelación en contra de la anterior decisión, el **8 de octubre del 2019**.

2.9 El Gobernador del Departamento del Tolima mediante resolución No **0202 del 14 de noviembre del 2019**, resolvió negativamente el recurso, quedando agotada la vía gubernativa.

2.10 Que el accionante en el periodo comprendido entre 1 de enero del 1991 y el 31 de julio del mismo año, devengó: sueldo, prima de navidad, auxilio de transporte y prima de alimentación, efectuándose los descuentos de ley, hasta el 31 de enero de 1991 para la Caja de Previsión Social del Tolima y a partir del 1 de febrero para el FOMAG².

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad territorial demandada dentro de la oportunidad legal contestó la demanda³ oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones descritas por la parte actora porque no le ha causado perjuicio alguno, ni vulnerado los derechos del accionante.

El despacho transcribe la sustentación de la excepción de falta de legitimación en la causa, contenidas en el memorial, como argumentos de la defensa:

“Sustentada en que la obligación de efectuar las reliquidaciones objeto de esta acción están a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con lo previsto en la Ley 91 de 1989. Y precisó que: “[...] tanto los entes como la Fiduciaria encargada del manejo de los recursos del fondo, actúan como unos meros facilitadores para que los docentes oficiales tramiten el reconocimiento y pago de su pensión y prestaciones sociales, lo cual está a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues si bien, éstos elaboran los proyectos de actos administrativos de reconocimiento de las prestaciones económicas y posteriormente con la aprobación de la Fiduciaria encargada de la administración de los recursos del Fondo, los suscriben, dicha actuación se realiza es en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por atribución de la Ley y en esa medida, no obligan al ente territorial ni comprometen sus recursos para el pago de las prestaciones”. Por lo tanto, indica que la entidad a cargo de la que está la obligación de reliquidar la pensión de jubilación del señor ELVER EGIDIO RINCON ALVAREZ, es la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y no EL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA –FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES, entidad territorial que suscribió el acto administrativo demandado en virtud de las facultades conferidas por el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005.

² Página 44 archivo 03Anexos del E.D.

³ Archivo 07 exp. digital

Teniendo en cuenta que, a la parte demandante, le fue reconocida la pensión mediante Resolución, expedida por la Secretaría de Educación y la Caja de Previsión Social del Tolima hoy el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo lo previsto en la norma quien laboró en entidades de derecho público como docente Nacionalizado.

Así las cosas, existe claramente imposibilidad legal del Departamento del Tolima para acceder a lo pretendido en la presente demanda, por no ser competencia del Departamento del Tolima y no ser la entidad territorial que representa, la llamada a dar cumplimiento a lo solicitado y ser competencia del Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio”.

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. *Falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Departamento del Tolima-fondo territorial de pensiones del Tolima.* 4. *Excepción de prescripción.* 5. *Reconocimiento oficioso de excepciones.*

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

4.1. Parte demandante⁴

El apoderado en el memorial contentivo de los alegatos finales realizó un recuento histórico respecto del actuar del accionante y 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, a tenerse en cuenta como ingreso base de cotización y de liquidación de prestaciones sociales y 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 deben ser aplicados acorde con la sentencia T-024 del 2018 de la Honorable Corte Constitucional⁵, en la cual se confirmó que la pensión de jubilación adquirida por docentes del Tolima en virtud de la Ordenanza 057 de 1966 debe ser considerada como pensión única y ordinaria y por tanto debe aplicarse el principio de favorabilidad en materia laboral.

Que lo señalado por la Corte implica que a aquellos docentes a quienes tengan aprobada la pensión de jubilación al tenor de la Ordenanza 057 de 1966, se le debe reliquidar dicha pensión, en aplicación de los principios de igualdad y favorabilidad en materia laboral en similares condiciones a lo indicado por la Corte Constitucional en esta sentencia de unificación.

Que el Consejo de Estado en sentencia del 18 de febrero del 2010 radicado 2007-1874 con ponencia del consejero Gerardo arenas Monsalve, sobre el reconocimiento y pago de las doceavas partes (1/12) de las primas vacacional, de navidad y demás no enlistadas en las leyes 33 y 62 de 1985, indicó:

⁴ Archivo 14 exp. digital

⁵ Corte Constitucional sentencia T-024 del 5 de febrero del 2018 Exp. T-6.409.614. M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

“En este orden de ideas, concluye la sala que hay lugar a la reliquidación pensional de los docentes sometidos al régimen de la ley 33 de 1985, con la inclusión de todos los factores salariales que habitual y periódicamente haya recibido como retribución directa de sus servicios, pues existe fundamento jurídico y precedente jurisprudencial frente a la interpretación que se le debe impartir a la pluricitada ley 33 de 1.985.”

Reiteró que la Ley 33 de 1985 en su art. 1º Inc. 2º excluyó el régimen de los docentes, cuando estableció que no quedaban a esta regla general aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones, complementando que esa ley, ni ley 62 de 1985 derogaron las leyes especiales de docentes (Ley 6ª de 1945, Ley 24 de 1947 art. 1º párrafo. 2, Ley 115/94 art. 115 parte final del inciso 1 entre otras; ni mucho menos la fórmula liquidataria pensional, pues a contrario sensu, el artículo 15 de la ley 91 de 1989, ratificó que 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.

El apoderado señaló: que tampoco resulta extensible el precedente judicial unificador del Consejo de Estado, contenido en la sentencia 0143 del 28 de agosto del 2018, sobre factores salariales, por el motivo explicado Ut supra, pretendiendo indiscriminadamente aplicar a quienes por excepción están excluidos, máxime cuando en aquel entonces, no existían aportes, sino descuentos del ingreso base de liquidación con destino a la Caja de Previsión Social del Departamento del Tolima y fue excluido de los regímenes especiales.

Que según el artículo 279 de la ley 100 de 1993, los docentes están excluidos de su aplicación, por lo tanto, mal pudiese ordenar aplicárseles el ingreso base de liquidación establecido para los servidores públicos en general, perteneciendo a un régimen pensional excluido.

Que, por el carácter de servidor público, el accionante no puede quedar pensionado en inferiores circunstancias económicas que los demás trabajadores, por el criterio mezquino de una interpretación errónea, ilógica, inconstitucional de operadores judiciales que se niegan a entender que la pensión departamental es la única y ordinaria de jubilación que no puede ser inferior a los demás servidores públicos, liquidada solamente con el 75% del salario básico.

Finalmente solicitó respetuosamente, ordenar en la sentencia, aplicar a los aportes devengados y no cotizados al sistema de seguridad social en pensiones, la prescripción correspondiente, sobre los cuales no se realizó la deducción legal.

4.1. Parte demandada⁶

El apoderado judicial del Departamento del Tolima en su escrito de alegaciones señaló que el Honorable Consejo de Estado en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 fijó una interpretación según la cual, se ampliaba el espectro en cuanto a los factores salariales aplicables para liquidar la pensión, considerando que los factores salariales consagrados en la Ley 33 de 1985 eran simplemente enunciados, lo que no impedía la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. Es por esta razón que resulta recurrente y ya normal, que en casos como el que hoy nos atañe, se cite dicha sentencia procurando la vinculación de determinados factores salariales.

⁶ Archivo 15 exp. digital.

Sin embargo, sentencia del 28 de agosto de 2018, del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del consejero Dr. Cesar Palomino Cortés, por medio de la cual RECTIFICA lo establecido en la SU del 2010, y si bien dicha sentencia es en un inicio, aplicable a quienes estén cobijados por el régimen de transición, y bajo este entendido y tras una interpretación vaga, no incluiría a los docentes por cuanto cuentan con un régimen especial.

Indicó que Consejo de Estado estableció una Regla Jurisprudencial y una subregla que nos atañe para este caso: La Primera regla establece que el ingreso base de liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993, hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previstos en la Ley 33 de 1985, acorde con esta perspectiva, la subregla de la nueva sentencia establece que los factores salariales que se deben incluir en el IBL son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Recalcó que la Corte Constitucional, en la sentencia SU-023 de 2018, M.P. Carlos Bernal Pulido, se pronunció respecto a la interpretación que debe otorgarse al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando que el IBL no es un elemento del régimen de transición.

En ese sentido, como la Sala Plena tiene competencia para establecer un cambio de jurisprudencia, aún en aquellos casos en que existe la denominada jurisprudencia en vigor, el anterior precedente interpretativo es de obligatoria observancia.

Bajo ese entendido, es del caso concluir que a aquellos servidores públicos beneficiarios de la transición pensional establecida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, les resultan aplicables las disposiciones del RÉGIMEN LEGAL GENERAL contenido en las Ley 33 y 62 de 1985, en lo atinente a la edad, tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez, elemento este último que debe ser entendido únicamente respecto del porcentaje de la pensión, pues para el ingreso base de liquidación debe ser aplicado el artículo 21 o el inciso 3o del artículo 36 de aquella ley, según el caso.

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 desconoció y omitió protuberantemente el principio de favorabilidad en materia pensional porque a pesar de 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 la Ley 33 de 1985 en su art. 1º Inc. 2º excluyó el régimen de los docentes, cuando estableció que no quedaban a ésta regla general aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones, ni mucho menos la fórmula liquidataria pensional, pues a contrario sensu, el artículo 15 de la ley 91 de 1989, ratificó que 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.

Así las cosas, la pensión de jubilación del accionante debía ser liquidada con el 75% del salario promedio del último año de servicios conforme a los factores salariales devengados.

5.1.2 de la parte accionada

Se opone a las pretensiones indicando que la entidad a cargo de la que está la obligación de reliquidar la pensión de jubilación del señor ELVER EGIDIO RINCON ALVAREZ, es la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio y no el Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones, la entidad territorial que suscribió el acto.

A la parte demandante, le fue reconocida la pensión mediante resolución, expedida por la Secretaría de Educación y la Caja de Previsión Social del Tolima hoy el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo lo previsto en la norma, haber laborado en entidades de derecho público como docente nacionalizado.

6. Problema Jurídico

Procede el despacho a determinar si, ¿el accionante tiene derecho a que se le reliquide y pague su pensión de jubilación reconocida en vigencia de la Ordenanza 057 de 1966, con inclusión del 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios –primas de alimentación y de navidad- en calidad de docente de vinculación nacionalizado, por ser beneficiario del régimen de transición o sí por el contrario los actos administrativos demandados se encuentran ajustados al ordenamiento jurídico?

6.1 Tesis del despacho

Se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, en razón a que el accionante siendo beneficiario del régimen de transición de la ley 33 de 1985 y en aplicación del artículo 9 de la ley 71 de 1988, le asiste el derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, sobre los cuales realizó aportes con destino al ente de previsión 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 057 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." (Negritas 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 tuvieron 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 República expidió la ley 812 del 26 de junio del 2003, por medio de la cual se aprobó el plan nacional de desarrollo y en el artículo 81 estableció el 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 2018⁷ se pronunció y por 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:

⁷ Sentencia T-024/18 Referencia: Exp. T-6.409.614 Acción de tutela 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

“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:

“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 peticionar esta reliquidación y el reajuste del derecho pensional por haberle sido reconocida en virtud de la Ordenanza 057 de 1966 que finalmente fue anulada por la autoridad administrativa, **porque, a pesar de que el reconocimiento se dio bajo unos requisitos especiales (los previstos en la referida ordenanza) ello no le resta el carácter de ordinaria a dicha pensión, máxime cuando la petición procura la aplicación de las normas reguladoras de la pensión ordinaria de jubilación...**”*

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.”

6.5 Cuestión previa.

6.5.1 De la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva

La apoderada del Departamento del Tolima pretende que el despacho en el presente caso, se le de aplicación a la ley 91 de 1989 que creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para pagar las prestaciones sociales de los docentes que a la fecha de promulgación se encontraran vinculados y los que se vinculasen posteriormente.

Así mismo, que se tenga en cuenta el trámite para el reconocimiento de las prestaciones sociales contenido en el artículo 56 Ley 962 del 2005 y en el Decreto 2831 de 2005 respecto de la radicación de las solicitudes de prestaciones sociales de los docentes y la actuación de las secretarías de educación territoriales.

Añadió que la Ley 812 de 2003 mediante la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 reguló algunos aspectos relacionados con el régimen prestacional de los docentes oficiales, en sus niveles nacional, territorial y nacionalizado y que los docentes que se vincularan con posterioridad a la vigencia de la citada ley se regirían por el régimen pensional de prima media con prestación definida, previsto en la Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Aunado a lo anterior, resaltó que el literal b) del artículo 40 de la Ley 100 de 1993 precisó el monto de la pensión de invalidez 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%.

Petición.

Con base en lo dispuesto por las normas citadas anteriormente, en la contestación de la demanda propone la excepción de falta de legitimación del Departamento del Tolima, señalando como argumento:

1- Que, a la parte demandante, le fue reconocida la pensión mediante resolución expedida por la Secretaría de Educación y la Caja de Previsión Social del Tolima, hoy Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo lo previsto en la norma quien laboro en entidades de derecho público como docente Nacionalizado.

Así las cosas, existe claramente imposibilidad legal del Departamento del Tolima para acceder a lo pretendido en la presente demanda, por no ser competencia del Departamento del Tolima y no ser la entidad territorial que represento la llamada a dar cumplimiento a lo solicitado y ser competencia del Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio.

(...)

2. En este mismo sentido y considerando que se está solicitando en la Demanda, La Ley 812 de 2003 a través de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 reguló algunos aspectos relacionados con el régimen prestacional de los docentes oficiales, en sus niveles nacional, territorial y nacionalizado. En efecto, la referida norma distinguió entre el personal docente vinculado con

anterioridad y posterioridad a su entrada en vigor, 27 de junio de 2003, para efectos de determinar el régimen prestacional aplicable a cada grupo de docentes. En relación con los primeros, esto es, los docentes que venían vinculados antes del 27 de junio de 2003 señaló la referida disposición que le serían aplicables las normas vigentes con anterioridad a la citada fecha y, en lo que se refiere al segundo grupo, a saber, los que se vinculan al servicio docente con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, dispuso la norma en cita que se regirían por el régimen pensional de prima media con prestación definida, previsto en la Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Que aunado a lo anterior, resaltó que, el literal b) del artículo 40 de la Ley 100 de 1993 precisó el 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%”

Decisión:

Respecto de la excepción propuesta, es preciso determinar el tiempo de vigencia de las normas aplicables al caso del docente retirado señor Elver Egidio Rincón Álvarez.

Obra en el expediente⁸ copia simple de la resolución No 099 del 24 de febrero de 1981, suscrita por el Secretario de Educación del Tolima, que en uso de las atribuciones legales, reconoció pensión de jubilación al señor Elver Egidio Rincón Álvarez, por haber laborado 21 años 3 meses y 26 días al servicio de la docencia oficial en el Departamento del Tolima, categoría enseñanza primaria y dando cumplimiento al artículo 25 de la Ordenanza 057 de 1966, que estableció: "Las pensiones de los maestros serán decretadas tan pronto como el titular del derecho haya cumplido veinte años de servicio al magisterio oficial del Tolima, en forma continua o discontinua, sin consideración a la edad”.

En el artículo segundo del resuelve se estableció que la pensión de jubilación sería **pagada al beneficiario por la Caja de Previsión Social del Tolima o la entidad que haga sus veces**, a partir del 5 de febrero del año en el cual adquirió el derecho

El **Fondo territorial de pensiones del departamento del Tolima** fue creado mediante **Ordenanza No 034 del 30 de junio de 1995**, con el objeto de sustituir a la Caja de previsión social del Tolima, en las funciones de reconocimiento y pago de las pensiones del personal que laboraba para el Departamento del Tolima, a raíz de su liquidación ordenada mediante Decreto 532 del 16 de junio de 1995.

Es evidente la confusión – por decir lo menos - de la apoderada de la entidad accionada, respecto a dos entidades de distinto orden: i) el Fondo de prestaciones sociales del magisterio FOMAG, entidad del orden nacional, cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria estatal, y, ii) el Fondo Territorial de pensiones del Departamento del Tolima, del orden territorial con personería jurídica e independencia presupuestal.

La apoderada confunde también dos tipos de pensión: i) de jubilación reconocida con el lleno de los requisitos exigidos en las normas al efecto, con la ii) de invalidez, reconocida con base en una valoración de pérdida de la capacidad laboral, son dos pensiones absolutamente distintas y con marcadísimas diferencias para su reconocimiento y aplicación.

⁸ Archivo 03 anexos. Expediente digital

Así mismo, es menester recordarle a la togada, que la vigencia de las leyes es hacia el futuro, a partir de su publicación o de la fecha establecida en la norma, salvo que la misma ley le confiera efectos retroactivos, puesto que las normas - ley 091 de 1989, 812 del 2003, 100 de 1993, 962 del 2005 y Decreto 2831 de 2005- que la apoderada pretende se les de aplicación a favor de su defendida, fueron promulgadas sin efectos retroactivos en tiempo posterior 8, 12 y 13 años después respectivamente, de que se le reconociera la pensión de jubilación al accionante, en consecuencia y teniendo en cuenta el precepto de la ley en el tiempo, es imposible darles aplicación a favor del demandante.

Del acto administrativo de reconocimiento de la pensión del exmaestro señor Elver Egidio Rincón Álvarez -resolución 099 de 1981 -se colige que:

- i) el funcionario competente para expedir actos administrativos de reconocimiento de pensiones a los maestros oficiales en el Departamento del Tolima, para el año de 1981, era el secretario de educación del Departamento.
- ii) la entidad pagadora de las pensiones reconocidas a los maestros al amparo de la ordenanza 057 de 1966, era la Caja de Previsión Social del Tolima y ninguna otra.
- iii) la norma aplicable para el reconocimiento de la pensión de jubilación al señor Elver Egidio Rincón Álvarez, fue la ordenanza 057 de 1966, exclusivamente

Ahora bien, la pensión de jubilación basada en lo establecido en la Ordenanza 057 de 1966, era reconocida por el Departamento de Tolima a sus maestros de enseñanza primaria y pagada a los beneficiarios a través de la Caja de Previsión social del Tolima hasta la fecha de su liquidación y posteriormente por la entidad que la sustituyo en esas funciones, el fondo territorial de pensiones del departamento, creado para tal fin.

Cosa muy diferente, es que la apoderada considere que la petición de reliquidación de la pensión del hoy accionante, con inclusión de otros factores salariales debería tramitarse ante el FOMAG y no ante el Departamento del Tolima y que ella confunda o persista en error de la aplicación de las funciones señaladas por la ley 91 de 1989 creadora del FOMAG para el pago de prestaciones a los docentes que se encontraban vinculados al promulgarse la ley y para los que se vinculasen con posterioridad a la promulgación.

En otras palabras, las funciones de pago de prestaciones señaladas para el FOMAG, sería aplicable a los maestros activos y a quienes ingresasen a laborar a futuro, mas no es aplicable al caso bajo estudio, puesto que a la fecha de creación del FOMAG, el señor Elver Egidio Rincón Álvarez, se encontraba pensionado y en ese orden de ideas y por lo anteriormente expuesto, el despacho negará la excepción de falta de legitimación en la causa del Departamento del Tolima propuesta por la apoderada.

7. Caso concreto

7.1 Hechos jurídicamente relevantes.

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1. Que el señor Elver Egidio Rincón Álvarez nació el 19 de agosto de 1939	Documental: copia cedula de ciudadanía No. 2.279.442 expedida en Chaparral Tolima (fl 48 archivo 03Anexos del E.D.)
2. Que ingresó a laborar al servicio de la docencia oficial en el Departamento del Tolima el 5 de febrero de 1959 hasta el 31 de mayo de 1980 cumpliendo un total de 21 años 3 meses y 26 días de servicio	Documental: Extraído de la resolución No. 099 del 24 de febrero de 1981 (Pág. 1-4 archivo 03Anexos del E.D.)
3 Que la entidad accionada reconoció la pensión de	Documental. Copia resolución No. 099 del 24 de

<i>jubilación al accionante, teniendo en cuenta como IBL el 75% del promedio del sueldo básico mensual y la doceava parte de la prima de navidad devengados durante el último año de servicio, comprendido entre el 1 de junio de 1979 al 31 de mayo de 1980 efectiva a partir del 5 de febrero del año en que adquirió el derecho acorde a lo establecido en la ordenanza 057.</i>	<i>febrero de 1981 (Pág. 1-4 archivo 03Anexos del E.D.)</i>
<i>4. Que mediante Decreto 047 del 8 de enero de 1992 emanada de la secretaria de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, se aceptó la renuncia presentada por el señor Rincón Álvarez</i>	Documental Extraído de la resolución No 2796 del 25 de septiembre del 2019. (Pág. 15-18 Archivo 03Anexos del E.D.)
<i>5. Al accionante se le reliquidó su pensión como establece el artículo 9 de la Ley 71 de 1988, mediante resolución 0976 del 21 de septiembre de 1995.</i>	Documental Extraído de la resolución No 202 del del 14 de noviembre del 2019 (Pág. 28 - 40 archivo 03Anexos del E.D.)
<i>6. Que el apoderado del actor mediante derecho de petición solicitó a la accionada la reliquidación de la pensión de jubilación para que se incluyeran como ingreso base de liquidación todos los factores salariales devengados en el último año de servicio establecidos en el artículo 45 decreto ley 1045 de 1978</i>	Documental: copia de solicitud radicado No 2019 EO 39233UAC del 2 de septiembre del 2019 (Pág. 5 – 13 del archivo 03Anexos del E.D.)
<i>7. La entidad accionada negó la petición</i>	Documental. Copia de la resolución No 2796 del 25 de septiembre del 2019 (Pág. 15 - 18 archivo 03Anexos del E.D.)
<i>8.. En contra de la anterior decisión el apoderado del actor interpuso recurso de apelación.</i>	Documental. Extraído de la resolución No. 0202 del 14 de noviembre del 2019 (Pág. 28 - 40 archivo 03 exp. digital)
<i>9.. El Gobernador del Departamento del Tolima resolvió el recurso de apelación y confirmó el contenido de la resolución atacada</i>	Documental. Copia de la resolución No. 0202 del 14 de noviembre del 2019 (Pág. 28 - 40 archivo 03Anexos del E.D.)
<i>10. Que entre enero y julio de 1991 el accionante devengó sueldo, prima de alimentación, auxilio de transporte y prima de navidad haciéndosele descuentos respectivos para la caja de previsión departamental hasta enero de 1991 y partir de febrero para el fondo prestacional del magisterio.</i>	Documental: Certificación de sueldos expedido por Macroproceso gestión de talento humano dirección administrativa Secretaría de educación y cultura Gobernación del Tolima (Pág. 44 archivo 03Anexos del E.D.)

El 2 de septiembre del 2019 con radicado 2019 EO 39233UAC el actor solicitó a la accionada la reliquidación de la pensión de jubilación, petición negada mediante resolución No. 2796 del 25 de septiembre del 2019, en razón a que el fondo territorial de pensiones liquidó la prestación económica dando aplicación al artículo 9 Ley 71 de 1988⁹ que señala:

*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 armonía con el artículo 46 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”. **Negrilla fuera de texto.***

En apartes de la mencionada resolución se indicó que, para la época de su reconocimiento existían disposiciones legales vigentes - ley 33 de 1985 y Ley 62 de 1985 que no se aplicaron en ese momento al caso presente y la pensión de jubilación fue otorgada al accionante con fundamentó en la norma más favorable al trabajador, - la contenida en el 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, teniendo en cuenta el 75% de lo

⁹ Artículo 9 ley 71 de 1988: 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.

devengado en el último año de servicios, 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 a 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 del señor **Elver Egidio Rincón Álvarez**, 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 Ley¹⁰

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 Tolima¹¹, 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.

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”

¹⁰ 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.

¹¹ 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

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 del señor **Elver Egidio Rincón Álvarez** luego de la declaratoria de nulidad de la ordenanza 057 de 1966, son los establecidos en el decreto 1045 del 7 de junio de 1978.

10. De las pretensiones. inclusión de otros factores salariales

En la demanda el apoderado señaló que al entrar en vigencia la ley 33 de 1985, el accionante pertenecía al régimen especial de docentes oficiales y que a pesar de reunir los requisitos de la transición, pues contaba con más de 15 años de servicio, lo que significa que el régimen aplicable era el anterior a la Ley 33 de 1985, es decir, la Ley 6 de 1945, entre otras aplicable era el anterior a la Ley 33 de 1985 por la cual se dictan unas disposiciones sobre convenciones de trabajo, conflictos colectivos y jurisdicciones especiales de trabajo, motivo por el cual el reconocimiento de la pensión debe sujetarse en su totalidad a lo establecido en la Ley 6 de 1945 y a las normas que la modificaron o adicionaron en lo que se refiere a la edad, tiempo y monto de la pensión, ya que no puede fragmentarse el régimen de transición

Agregó que debe precisarse que la Ley 6 de 1945 no previó los factores a tener en cuenta para el cálculo del ingreso base en el reconocimiento de las pensiones, por lo que debemos remitirnos a la Ley 4 de 1966, por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación y de invalidez y se dictan otras disposiciones, norma esta que estableció que a partir de su vigencia, las pensiones de jubilación o de invalidez a la que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de derecho público se liquidarán y pagarán tomando como base el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.

Que siendo beneficiario 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 y el régimen aplicable es el establecido en el decreto 1848 de 1969 artículo 73: “el valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será el equivalente al 75% del promedio de salarios y primas de toda especie percibidos en el último año de servicio” .

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 del señor **Elver Egidio Rincón Álvarez**, 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, el accionante es beneficiario del mencionado régimen, habida cuenta que el señor **Rincón Álvarez** ingresó a laborar el **1 de julio de 1959** y la ley 33 fue promulgada el **29 de enero de 1985** por tanto con un sencillo computo se puede establecer que habían transcurrido 25 años y 6 meses 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.

También es notorio que el Departamento del Tolima mediante resolución No 099 de 1981, reconoció al señor **Rincón Álvarez** la pensión de jubilación en aplicación de la ordenanza 057 de 1966 y que el accionante continuó desempeñando las labores de docente hasta su retiro definitivo en el año de 1991, según **decreto 047 del 08 de enero de 1992**.

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 esta, 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”¹².

En vista de lo anterior, el estudio de la reliquidación pensional del accionante debe hacerse de conformidad con 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*” se colige 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”*.

Según la resolución No 099 del 24 de febrero de 1981 expedida por la Secretaría de Educación del Departamento del Tolima, el demandante laboró desde el 5 de febrero de 1859 hasta el 31 de mayo de 1980 que equivalen a 21 años 3 meses y 21 días laborados, haciéndose acreedor a la pensión de jubilación, al cumplir con el requisito único establecido en la ordenanza 057 de 1966, aplicándose un porcentaje igual al 75% sobre los factores establecidos en la ordenanza: sueldo y que continuo laborando en la docencia oficial hasta su retiro del servicio en diciembre de 1991.

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 parágrafo 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 parágrafo 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,

¹² Inciso final artículo 3 ley 33 de 1985

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)*

Es diáfano que el legislador con la expedición de la ley 62 de 1985 estableció cuales eran los factores sobre los cuales el empleado debía realizar aportes con destino al sistema de pensiones administrados por las cajas de previsión social existentes en ese momento, 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, siendo esos y solamente esos, pues serían los mismos que se le tendrían en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación y sin que otros factores tuviesen cabida y como consecuencia, sobre las primas de navidad y de alimentación, al no ser estar enlistadas en la citada ley, no se le debió realizar descuentos para la caja de previsión.

Sin embargo, en el presente proceso se evidencia que al accionante se le realizaron descuentos en calidad de aportes al sistema de pensiones, en primer lugar, con destino a la caja de previsión social departamental hasta el 31 de enero de 1991 y posteriormente al fondo prestacional del magisterio, contraviniendo lo establecido en la ley 62 del 16 de septiembre de 1985, fecha de entrada en vigor de la norma.

Es visible además que, en la resolución No **0976 del 21 de septiembre de 1995**, mediante la cual se reliquidó la pensión al accionante por retiro definitivo del servicio, se señaló:

"teniendo en cuenta que el derecho pensional de la mandante le fue reconocido bajo las disposiciones de la ordenanza 057 de 1966, que establece el monto de la pensión e indica que el ingreso base de liquidación será sobre "sueldos o jornales", percibidos en el último año de servicios y sobre los cuales efectuó los correspondientes aportes a la Caja de Previsión Social del Tolima.

Sobre este último aspecto, referente a tener en cuenta los factores sobre los cuales se cotizó, es un requisito que incluso está consagrado en la Constitución Política de Colombia y obedece al desarrollo de principios de la seguridad social, consagrados en el artículo 48, como lo son la sostenibilidad financiera y la solidaridad."

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 dar luz respecto de los factores salariales, tener en cuenta al momento de la liquidación pensional, para 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.***

Así mismo, el Consejo de Estado se ha pronunciado accediendo a las pretensiones, con fundamento en la salvaguarda del principio de favorabilidad e inescindibilidad de la ley y para lo cual precisó:¹³

¹³ Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección "A"-Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 26 de febrero de 2009. Radicado 25000-23-25-000-2003-08992-01(2559- 07).

"A pesar de que la Ley 33 de 1985 no señaló nada en cuanto a la liquidación, considera la Sala que en este aspecto se debe aplicar también el régimen anterior, porque resulta más favorable al demandante, de no hacerse así, se desconocería el principio mínimo fundamental consagrado en el artículo 53 de la Carta Política que establece la "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho".

Además, no se podría aplicar, por una parte, la disposición legal anterior en cuanto a la edad, y por otra, la nueva Ley para establecer la base de liquidación de la pensión, porque se incurriría en violación del principio de "inescindibilidad de la Ley" que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales." Negrilla fuera de texto

La Corte Constitucional en sentencia **C-168-95** se pronunció respecto del tema de la condición más beneficiosa para el trabajador e indicó:

"La "condición más beneficiosa" para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no solo a nivel constitucional sino también legal. y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cual norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que remite más beneficiosa o favorezca al trabajador.

La favorabilidad opera, entonces, no solo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; **la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.**" Negrilla fuera de texto.

En vista de que al señor **Elver Egidio Rincón Álvarez** le fue reconocido su derecho prestacional en el año 1981 por haber laborado 20 años en calidad de docente, que siendo beneficiario del régimen de transición de la ley 33 de 1985 y acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional respecto de la favorabilidad en materia laboral y de la inescindibilidad de las normas, el despacho considera que existió omisión por parte de la entidad accionada en la aplicación de lo establecido en el artículo 9 ley 71 de 1988¹⁴.

En el acto administrativo contenido en la **resolución No 0976 del 21 de septiembre de 1995** la entidad territorial para la reliquidación de la pensión del accionante, aplicó parcialmente lo dispuesto en la ley 71 de 1988, teniendo en cuenta el porcentaje del 75% sobre el sueldo sin incluir en el cómputo de la liquidación las **primas de alimentación y de navidad**, en contra vía de lo establecido en la parte final del mismo artículo 9 que señala: *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.*

Por lo anterior, es evidente que en la expedición del acto administrativo de reliquidación de la pensión por retiro definitivo del servicio del señor Rincón Álvarez, existió una clara omisión en la interpretación y aplicación de la norma – ley 71 de 1988 artículo 9 – al no incluirse en la liquidación de la prestación todos los factores salariales que devengó el accionante en el último año de servicios y sobre los cuales efectuó aportes a la entidad de previsión social.

En **segundo lugar**, analizada por el despacho la normatividad aplicable al docente señor Elver Egidio Rincón Álvarez y establecido que en la reliquidación de la pensión (resolución No 0976 del 21 de septiembre de 1995), la entidad omitió la inclusión de las primas de navidad y de alimentación) como factores de liquidación, se estudiara la pretensión.

¹⁴ Ley 71 de 1988 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.

Obra en el expediente certificación de salarios expedida el 9 de enero del 2018 por la Gobernación del Tolima - secretaría de educación y cultura - dirección administrativa - proceso de talento humano en el que se acredita que el accionante laboró como docente hasta el año **1991** devengando sueldo, prima de alimentación, auxilio de transporte y prima de navidad y que sobre estos emolumentos salariales se le **realizaron descuentos para la Caja de Previsión Social del Tolima hasta enero de 1991 y a partir de febrero del mismo año los descuentos se realizaron para el fondo prestacional del magisterio.**¹⁵

Es visible en los anexos de la demanda que el señor Rincón Álvarez, aportó prueba documental expedida por personal competente del proceso de gestión de talento humano de la secretaría de educación de la gobernación del Tolima, en la cual se certifica los haberes devengados por el accionante de enero a julio de 1991, consistentes en sueldo, prima de alimentación, auxilio de transporte y prima de navidad, indicando que sobre los mismos se realizaron descuentos con destino al ente de previsión social, hecho y documental sobre el cual no existe reparo alguno en su contra o que su contenido, se haya tachado de falsedad, por tanto, tienen validez y se constituyen en plena prueba.

En ese orden de ideas, es claro que el acto administrativo objeto de reproche, mediante el cual la accionada negó la reliquidación de la pensión de jubilación del accionante, no se encuentra ajustado al ordenamiento legal, se dispone su nulidad y retiro del mundo jurídico y en consecuencia se ordenará a la accionada reliquidar la prestación mensual del señor Elver Egidio Rincón Álvarez, con inclusión además de los haberes ya reconocidos, incluyendo la prima de alimentación y la doceava parte de la prima de navidad, factores sobre los cuales efectúo aportes a la entidad de previsión social.

11. Indexación

Además, los valores resultantes del reajuste de la liquidación serán indexados, teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = \frac{Rh \text{ índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de reajustes, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia) por el índice inicial (vigente para la época en que se causaron las sumas adeudadas).

12. Aportes

Respecto de los aportes al sistema de seguridad social existen en el Consejo de Estado dos posiciones: i) que los mismos se realicen sobre lo devengado durante toda la vida laboral y traídas a valor actual mediante una operación actuarial¹⁶, y, ii) los aportes de los factores ordenados incluir en la reliquidación pensional deben efectuarse por el tiempo que percibió los mismos¹⁷

El máximo órgano de cierre en algunos casos sometidos a su decisión ha señalado que los descuentos de los valores correspondientes a los aportes de los factores ordenados

¹⁵ Certificación expedida por gestión talento humano secretaria educación del Tolima Página 44 archivo 03Anexos del E.D.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B sentencia del 19 de febrero de 2015 Rad. No. 25000-23- 25-000-2011-00102-01 (2076-2013) Consejero Ponente Gustavo Gómez Aranguren

¹⁷ Consejo de Estado. sentencia del 24 de noviembre de 2016, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, Rad. 11001032500020130134100 (3413-2013).

incluir en el cálculo pensional **deben efectuarse por el tiempo que percibió los mismos** precisando:

"Por las razones expuestas, la Sala de Decisión de la Sección Segunda del Consejo de Estado: (i) estima procedente acceder a la pretensión del señor LUIS EDUARDO DELGADO, el sentido de hacerle extensivos los efectos de la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010 por la Sección Segunda del Consejo de Estado, expediente 2006-07509, con ponencia del magistrado Víctor Hernando Alvarado Ardila, como consecuencia de ello, se ordenara a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL (UGPP), la reliquidación de su pensión de jubilación, teniendo como base de liquidación, la asignación básica, la bonificación por servicios, la prima de servicios, la prima de vacaciones, la prima de navidad y la prima de productividad todos ellos, factores salariales por el devengados en su último año de servicios³⁰ y con exclusión de la bonificación por recreación», (...)

(ii) ordenara a la misma entidad efectuar el recobro y descuento de los valores correspondientes a los aportes proporcionales a que haya lugar, por el tiempo que percibió los mismos factores (12% a cargo del empleador y 4% a cargo del trabajador), y

(iii) declarara la prescripción trienal de las mesadas causadas con anterioridad al 24 de junio de 2010

En el caso presente el Despacho acoge la segunda posición del máximo órgano de cierre de la jurisdicción por considerarla la más beneficiosa para el accionante acorde con el principio de favorabilidad en materia laboral y dispondrá que los descuentos se realicen por el tiempo que percibió los mismos factores, en concordancia con el precepto del artículo 99 decreto 1848 de 1968:

"Artículo 99.- *Deducciones por aportes que se adeuden. Cuando un empleado oficial tenga derecho a una determinada prestación por la cual deba responder una entidad de previsión social y no haya pagado en todo o en parte los aportes correspondientes, la entidad al hacer el reconocimiento respectivo descontará el valor de los aportes, que se liquidaran con base en los diferentes salarios percibidos por el empleado en el respectivo tiempo de servicio.*

Además, estos valores correspondientes a deducción por aportes con destino al sistema de seguridad social se actualizarán teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor, en concordancia con lo dispuesto en el inciso final del artículo 187 del CPACA: Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el índice de Precios al Consumidor.

13. Prescripción.

De acuerdo con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 las acciones que emanen de los derechos consagrados en dicha normativa prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, no obstante, el simple reclamo escrito del empleado ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación determinado, interrumpirá la prescripción por un lapso igual.

El derecho a la pensión no prescribe por ser un derecho fundamental, así como tampoco prescribe el derecho a reclamar la reliquidación de la pensión, sin importar el tiempo que se haya demorado para solicitarla, sin embargo, sí prescriben las mesadas pensionales y solo se reconocerá la reliquidación tres (3) años hacia atrás, en razón a que los reajustes pensionales con más de 3 años de antigüedad ya prescribieron

Revisado el expediente, se aprecia que el reconocimiento de la pensión de jubilación por retiro definitivo del servicio al señor Elver Egidio Rincón Álvarez se dio el **21 de septiembre de 1995** con la resolución No **0976**, es decir que el accionante tenía hasta el **20 de septiembre de 1998**, para presentar el reclamo de la reliquidación de pensión ante la Secretaria de servicios administrativos y la función pública de la Gobernación del Tolima para interrumpir **la prescripción** y la presentación de la petición de agotamiento de la vía gubernativa la hizo el apoderado el **2 de septiembre del 2019** con radicado No

2019 EO 39233UAC¹⁸, es decir, que entre la fecha de reliquidación de la pensión por retiro del servicio y la presentación de la solicitud de reliquidación de la misma transcurrieron más de los 3 años, que señala la norma para el cómputo del término de prescripción de las mesadas pensionales, en consecuencia, se ordenará la reliquidación de la pensión a partir del **2 de septiembre del 2016**, en razón a que las mesadas pensionales anteriores a esa fecha, se encuentran prescritas.

14. Recapitulación

Es claro que la prestación económica reconocida al señor Elver Egidio Rincón Álvarez, en vigencia de la ordenanza No 057 de 1966 expedida por la Asamblea departamental del Tolima tenía la calidad de especial 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 el fallo de nulidad de la mencionada ordenanza por incompetencia de la entidad que la expidió proferido por el Tribunal administrativo del Tolima, también respetó los derechos de los docentes que, habían adquirido el derecho pensional durante su vigencia, por considerar que la misma es una pensión vitalicia de jubilación de carácter ordinario, sujeta por lo tanto a la normatividad general de pensiones.

En ese orden de ideas, el accionante siendo beneficiario del régimen de transición de la ley 33 de 1985 y en aplicación del artículo 9 de la ley 71 de 1988, le asiste el derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, comprendido entre el 1 de enero de 1991 al 31 de diciembre de 1991, sobre los cuales se le haya realizado descuentos con destino al ente de previsión social, por lo tanto, se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda.

15. 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 parcialmente favorables, 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 entidad accionada y a favor de la parte accionante, en la suma equivalente a uno (1) **salario mínimo legal mensual vigente** a la ejecutoria de la sentencia.

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:

¹⁸ Páginas 5 al 13 archivo 3Anexos del E.D.

PRIMERO: DECLÁRASE probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales adeudadas al señor **Elver Egidio Rincón Álvarez** con anterioridad al **2 de septiembre del 2016**, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución No **2796 del 25 de septiembre del 2019** mediante la cual la Secretaría Administrativa - fondo territorial de pensiones del Departamento del Tolima negó la reliquidación de la pensión de jubilación al señor **Elver Egidio Rincón Álvarez**

TERCERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución No **0202 del 14 de noviembre del 2019** mediante la cual el Gobernador del Departamento del Tolima resolvió el recurso de apelación confirmando el contenido de la resolución No 2796 del 25 de septiembre del 2019.

CUARTO: Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENESE** al Departamento del Tolima - Fondo territorial de pensiones, a reliquidar la pensión mensual de jubilación del señor **Elver Egidio Rincón Álvarez** identificado con la cedula de ciudadanía No 2.279.442 expedida en Chaparral, con inclusión además de los haberes ya reconocidos sueldo, la prima de alimentación y la doceava parte de la prima de navidad, a partir del **2 de septiembre del 2016**, en virtud del fenómeno de la prescripción.

Además, los valores resultantes del reajuste de la reliquidación pensional serán indexados, teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = \frac{Rh \text{ índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de reajustes, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia) por el índice inicial (vigente para la época en que se causaron las sumas adeudadas).

QUINTO: Se **ORDENA** que el Departamento del Tolima - Fondo territorial de pensiones pague al señor **Elver Egidio Rincón Álvarez** identificado con la cedula de ciudadanía No 2.279.442 expedida en Chaparral, la diferencia entre lo pagado y lo dejado de pagar resultante de la reliquidación de la prestación económica acorde con lo dispuesto en el artículo cuarto de presente providencia.

Además, se autoriza al Departamento del Tolima – Fondo territorial de pensiones para que realice los descuentos de ley con destino al sistema de seguridad social, sobre las diferencias resultantes de la reliquidación pensional y por el mismo periodo de tiempo reconocido, acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado, actualizados con base en el índice de precios al consumidor.

SEXTO: CONDENAR en costas a Departamento del Tolima - Fondo territorial de pensiones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del C.G.P, en la suma equivalente a uno **(1) salario mínimo legal mensual vigente**, como agencias en derecho

SÉPTIMO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A

NOVENO: 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.

DECIMO: En firme este fallo, efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, expídanse copias con destino y a costa de las partes con las precisiones del artículo 114 del C.G.P. las que serán entregadas a los apoderados judiciales que han venido actuando.

DECIMO PRIMERO: Por secretaría efectúense las anotaciones en el sistema Siglo XXI y una vez en firme, archívese el expediente.

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: **ac495cd6ba87002cdeb46871097c347e6fcb611f1b389d8e41e92fed2c3606e4**

Documento generado en 28/06/2022 04:34:39 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>