



| | |
|-------------------------|---|
| TEMA | RELIQUIDACIÓN PENSIONAL – ORDENANZA 057 DE 1966 |
| RADICACIÓN | 73001-33-33-012-2017-00147-00 |
| MEDIO DE CONTROL | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| DEMANDANTE | MARÍA ANTONIA FIERRO ZEA |
| DEMANDADO | DEPARTAMENTO DEL TOLIMA |
| ASUNTO | SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA |

Ibagué, ocho (08) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Procede el Despacho a resolver la presente medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** formulada por la señora **MARÍA ANOTONIA FIERRO ZEA**, por intermedio de apoderado judicial, en contra del **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA**, mediante la cual solicita un pronunciamiento judicial favorable sobre las siguientes,

1. PRETENSIONES

PRIMERA: Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 001653 del 14 de Julio del 2015 por medio del cual se resolvió negativamente la solicitud de revisión de la pensión única y ordinaria de jubilación de mi mandante.

SEGUNDA: Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 0022 del 16 de Febrero del 2016 por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación contra la citada resolución y se agotó la vía gubernativa.

TERCERA: Declarar que la señora Maria Antonia Fierro Zea tiene derecho a que el Departamento del Tolima - Dirección Fondo Territorial de Pensiones - reliquide y pague la pensión de jubilación, incluyendo para ello todos los factores salariales que devengó durante el año inmediatamente anterior al retiro definitivo del servicio.

CUARTA: Se condene al Departamento del Tolima - Dirección Fondo Territorial de Pensiones a que proceda a reconocer, reliquidar y pagar a la demandante, la pensión de Jubilación, tomando para ello no solo la última asignación básica devengada, sino también incluyendo todos los haberes devengados, tales como la sobresueldos, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de alimentación y demás factores percibidos el último año de servicio de mi poderdante.

QUINTA: Se ordene al Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones, para que disponga la cancelación o pago debidamente indexado del retroactivo pensional dejado de cancelar, desde la causación del derecho hasta la fecha de cumplimiento de la sentencia, con base en la fórmula:

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

SEXTA: Se Condene a la Entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas, se indexe los valores causales tomados como computo del I.B.L (Ingreso Base de Liquidación) a valor real y presente de manera previa al trámite del punto uno.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00147-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARÍA ANTONIA FIERRO ZEA
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

SÉPTIMA: Condenar a la entidad demandada a reconocer ya pagar los intereses comerciales y moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, según lo previsto en el art 192 de la ley 1437 de 2011.

OCTAVA: Una vez agotado este procedimiento, liquide la nueva mesada pensional y en consecuencia liquide la diferencia entre lo pagado y dejado de pagar tomando como base la primera mesada y en progresión aritmética y geométrica, tomando como base el I.P.C. año a año y mes a mes, en una regresión compuesta para llegar a concluir el monto total y final de la pensión.

NOVENA: En caso de ordenar su Despacho descontar aportes devengados y no cotizados, se ordene aplicar la prescripción trianual, por comprender dicha obligación una prestación económica de carácter laboral, sujeta también a dicho fenómeno prescriptivo, como lo establece en materia prestacional el artículo 102 del decreto 1848 de 1969; los arts. 151 del C.S. del T. y Seguridad social y Art. 488 del C. S. de T.

DÉCIMA: Se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido por el artículo 192 del C.P.A.C.A.

UNDÉCIMA: Se condene a la entidad demandada al pago de las costas y agencias en derecho (Fl. 24 reverso).

El anterior *petitum* lo fundamenta el apoderado del actor en los siguientes:

2. HECHOS

PRIMERO: La señora María Antonia Fierro Zea, fue pensionada por la Caja de Previsión Social del Tolima (Departamento del Tolima) mediante la Resolución No. 1655 del 18 de Julio de 1988 y posteriormente mediante Resolución 0609 del 10 de Julio del 2002, se le reliquidó la pensión por retiro del servicio.

SEGUNDO: Mediante Decreto 532 del 16 de Junio de 1995, se liquidó la Caja de Previsión Social del Tolima, estableciendo en su artículo segundo la sustitución y pago de las pensiones por el Departamento del Tolima a través del Fondo Territorial de Pensiones del Departamento, creado mediante Ordenanza No. 034 del 30 de Junio de 1995 del Gobierno Departamental, que estableció como funciones, sustituir a la Caja de Previsión Social en todo lo relacionado con el reconocimiento y pago de pensiones.

TERCERO: La demandante nació el 18 de Febrero de 1949 y prestó servicios desde el 14 de marzo de 1967 al 30 de Enero del 2002 de manera continua e ininterrumpida al Departamento como servidor público docente, razón por la cual para el 28 de enero de 1985, contaba con más de 15 años de servicio y con mayor razón para el 1° de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad y 15 de servicio, circunstancia por la cual se encuentra doblemente inmerso en el régimen de transición contemplado en el art. 1° parágrafo 2° de la Ley 33 de 1985 y en el inciso 2° del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

CUARTO: Que al proferimiento de dichos actos administrativos se le tuvo como base para la liquidación de la pensión el 75% del salario básico devengado durante el último año de servicio, en concordancia con lo establecido en la Ordenanza 057 de 1966, normatividad aplicable para el reconocimiento de la pensión de jubilación, sin considerar la totalidad de los factores salariales devengados, como son la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00147-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARÍA ANTONIA FIERRO ZEA
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

alimentación y demás emolumentos devengados, lo que le representa una suma superior a la que la entidad demandada le reconoció.

QUINTO: Mediante derecho de petición radicado el día 22 de Junio del 2015, solicitó al Departamento del Tolima, la reliquidación de la pensión única de jubilación, incluyendo la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicio, teniendo como base las normas que regulan las pensiones ordinarias de todo servidor público y no la Ordenanza 057 de 1966.

SEXTO: Con Resolución No 001653 del 14 de Julio del 2015, se resolvió el derecho de petición aludido de manera negativa.

SÉPTIMO: Ante esta decisión, se interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto mediante la Resolución No 0022 del 16 de Febrero del 2016, confirmando la resolución antes descrita.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se indicaron las siguientes normas como vulneradas por el acto administrativo:

- Constitución Política: Artículos 23, 29, 48, 53, 58, 150, 209 y 289.
- Ley 6ª de 1945: Artículo 17 literal b.
- Ley 24 de 1947: Artículo 1º párrafo 2º.
- Ley 171 de 1961: Artículo 5º.
- Ley 4ª de 1966: Artículo 4º.
- Decreto Reglamentario 1743 de 1966: Artículo 5º.
- Decreto 1848 de 1969: Artículo 73.

Manifiesta el apoderado de la parte actora, que el artículo 53 de la Constitución Política consagro el principio de favorabilidad en materia laboral y en seguridad social, en la que se señala que en caso de existir conflicto o duda en aplicación de las normas vigentes, debe prevalecer la más favorable para el trabajador o el pensionado.

Ahora bien, adentrándonos al caso en concreto, se tiene que la accionante tiene derecho que se reliquide su pensión con la inclusión de las doceavas partes devengados en el último año de servicios.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El DEPARTAMENTO DEL TOLIMA contestó la demanda dentro del término legal, oponiéndose a las pretensiones, señalando que la mayoría de los hechos eran ciertos. Como excepciones propuso las siguientes: Imposibilidad legal del Departamento para acceder a lo pretendido por inaplicación de las normas, cobro de lo no debido, legalidad y firmeza del acto administrativo, prescripción y reconocimiento oficioso de excepciones (Fls. 42-49)

5. ACTUACIÓN PROCESAL

A la demanda se le imprimió el trámite establecido en el artículo 179, en las que se surtieron las siguientes actuaciones:

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00147-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARÍA ANTONIA FIERRO ZEA
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 14 de julio de 2017 (Fl. 32), contra del **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA**, efectuándose las notificaciones de rigor (Fls. 35-40).

El Departamento del Tolima contestó la demanda dentro del término legal y propuso excepciones (Fls. 42-49).

De las excepciones se corrió traslado por el término de 3 días a la parte demandante y esta guardó silencio (Fl. 74).

Surtido el trámite anterior, mediante providencia del 1° de agosto de 2019 se fijó fecha para realizar la audiencia del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 (Fl. 77). El 26 de septiembre del año en curso, se realizó la audiencia; en donde se procedió a fijar el litigio y se decretaron las pruebas. Finalmente, se corrió traslado para alegar, derecho del cual hicieron uso las partes, quienes señalaron que se ratificaban en los argumentos expuestos en el libelo genitor y en la contestación de la demanda. Así mismo, el agente del Ministerio Público procedió a emitir concepto, en el que señaló que resultada procedente acceder a las pretensiones de la demanda, siempre y cuando cumpla con los parámetros establecidos en la sentencia de unificación del Consejo de Estado (Fls. 81-85).

Ahora bien, Cumplidos los presupuestos procesales de jurisdicción y competencia y, dado que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del C.P.A.C.A., en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció un control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna por las partes u observarse por el Despacho vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso e impidan proferir sentencia de fondo, procede el Despacho a proferir la sentencia de primera instancia que en derecho corresponda.

6. CONSIDERACIONES

6.1. DE LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO

En consideración a que las excepciones propuestas en el presente asunto denominadas (I) Imposibilidad legal del Departamento para acceder a lo pretendido por inaplicación de las normas, (II) Cobro de lo debido, (III) Legalidad y firmeza del acto administrativo, (IV) Prescripción y (V) Reconocimiento oficioso de excepciones; tienen relación directa con el fondo del asunto, su estudio y decisión se realizará al momento de analizar la pretensión anulatoria.

6.2. PROBLEMA JURÍDICO

Se circunscribe en determinar si la señora **MARÍA ANTONIA FIERRO ZEA** tiene derecho el a que su pensión de jubilación le sea reliquidada teniendo cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicio, no obstante haber sido reconocida con base a la ordenanza 057 de 1966.

6.3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

6.3.1. PENSIÓN CONSAGRADA EN LA ORDENANZA 57 DE 1966

Al respecto, lo primero que habrá de señalar el Despacho, es que la pensión de jubilación de orden departamental, concedida con base en la Ordenanza 057 de 1966, era reconocida a favor de los maestros del sector oficial, y a aquellos que habiendo laborado en el

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00147-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARÍA ANTONIA FIERRO ZEA
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

sector privado por cinco (5) años, igualmente lo hicieron para el magisterio por otros quince (15) años más. Ordenanza que fue expedida bajo una "aparente" competencia legal, por parte de la Asamblea Departamental del Tolima, deducida equivocadamente del numeral 9º del artículo 97 de la Ley 4ª de 1913, pues dicha competencia sólo radicaba, y actualmente radica, en el Congreso de la República, tal como lo disponía en su época la Constitución de 1886 y actualmente la de 1991.

Tal acto administrativo fue declarado nulo en sus artículos 25, 26 y 27, mediante sentencia proferida el 13 de diciembre de 1990, por el Tribunal Administrativo del Tolima, la cual fuera confirmada por el Honorable Consejo de Estado, en providencia del 29 de noviembre de 1993, con ponencia del doctor Álvaro Lecompte Luna¹, así:

"...Ahora bien, estudiando la Sala con más detenimiento la cuestión planteada, surge que cuando la Asamblea del Tolima, el 30 de noviembre de 1966, produjo los artículos 25, 26 y 27 de la Ordenanza 57, en los cuales se establecieron las condiciones para que los maestros del departamento aludido tuvieran derecho a pensión de jubilación, lo hizo en ejercicio de una facultad aparentemente válida, al tenor del art. 97, numeral 4 de la Ley 4ª de 1913. Sin embargo, ya para ese entonces el artículo 62 de la original Constitución de 1886 reservaba al legislador lo atinente a las pensiones de jubilación; en otras palabras, la reforma constitucional de 1968, no hizo otra cosa que reafirmar, de una manera más clara y precisa dicha atribución para la Ley, o sea del Congreso o al presidente de la república extraordinariamente, de lo que se deduce que, constitucionalmente hablando, la Asamblea del Tolima jamás tuvo la facultad de la que hizo uso...".

En un caso similar al que ahora llama la atención del Despacho, el Honorable Consejo de Estado, a través de Sentencia de 07 de junio de 2007², precisó la improcedencia de la reliquidación pensional reconocida con base en la Ordenanza 057 de 1966, de la siguiente forma:

"...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.

(...).

Una es la situación frente al derecho consolidado cuyo respeto debe operar por virtud del artículo 146 de la Ley 100 de 1993, y que para el caso concreto corresponde a la pensión de jubilación reconocida a favor del actor mediante la resolución No. 715 del 28 de febrero de 1989, prestación que de acuerdo con lo certificado por la Secretaría Administrativa de la Gobernación del Tolima, disfruta a cargo del Fondo Territorial de Pensiones del Departamento, situación jurídica que no se discute en el presente caso, y otra la que se presenta cuando se invoca un derecho pensional con fundamento en actos declarados nulos por la jurisdicción por cuanto proferidos por entes que carecían de competencia para fijar prestaciones sociales, como ocurre con la solicitud de reliquidación formulada por el demandante, luego de la declaratoria de nulidad de la Ordenanza 57 de 1966, y que dio origen a la decisión que se acusa...".

(...).

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

¹ Expediente No. 5579, Actor: Armando Bonilla Triana.

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 7 de junio de 2007, Radicación No. 73001-23-31-000-2000-03669-01 (4016-2005), C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00147-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARÍA ANTONIA FIERRO ZEA
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

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, implicarían para la Sala, necesariamente, revisar la decisión acusada a la luz de la disposición ordenanza la 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." (Negrilla fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo anterior, y como quiera que el fundamento normativo de la mencionada prestación desapareció en virtud de la declaratoria de nulidad en comento, cuyos efectos son ex tunc (es decir, que se vuelven las cosas a su estado anterior), no resulta procedente efectuar la reliquidación de una pensión otorgada con fundamento en un acto administrativo que fue declarado nulo y por ende, ha salido del ordenamiento jurídico.

Tal postura fue sostenida por el Honorable Tribunal Administrativo del Tolima, en sentencia del 16 de octubre de 2015, con ponencia del Dr. José Aleth Ruiz Castro, en proceso radicado bajo No. 73001-33-33-009-2013-00744-01, donde precisa al respecto:

*...Observado lo anterior, es evidente que la accionante adquirió su derecho pensional según la Ordenanza 057 de 1966, expedida por la Asamblea Departamental del Tolima, acto que fue declarado nulo por ésta Corporación y confirmado por el Consejo de Estado, teniendo en cuenta que las Asambleas Departamentales no tienen facultades para regular prestaciones sociales. Así las cosas, la pensión reconocida con base en dicha disposición se mantiene en el universo jurídico por tratarse de un derecho adquirido, por lo que se denomina una situación consolidada, pero en lo que atañe con la reliquidación de dicha pensión, ésta no es viable debido al origen ilegal de dicha prestación (...)

(...) En este orden de ideas, como quiera que la pensión de jubilación de la demandante fue reconocida con fundamento en la Ordenanza 057 de 1966, acto administrativo que, se repite, se declaró nulo por ésta Corporación, y confirmó el Honorable Consejo de Estado, las pretensiones demandatorias no tienen vocación de prosperidad, teniendo en cuenta que el derecho prestacional tiene origen en un norma ilegal (...)

(...) De otra parte, de acuerdo con el argumento esgrimido por el a-quo, en el que establece que se debe acceder a la inclusión de todos los factores salariales percibidos por la actora en la reliquidación de la pensión otorgada, en concordancia con los últimos pronunciamientos del Honorable Consejo de Estado, habrá de manifestarse, que dicha jurisprudencia no aplica en el sub lite, como quiera que la misma es procedente para aquellas pensiones ordinarias de jubilación, más no para las especiales otorgadas bajo el amparo de una ordenanza declarada nula (...)

(...) Y si en gracia de discusión se aceptara la procedencia de la reliquidación pensional con base en lo percibido en el último año de servicio, esta Sala considera oportuno señalar que el alcance del pronunciamiento contenido en la sentencia de unificación SU 230.de 201512 proferida recientemente por la Honorable Corte Constitucional, obliga a variar la posición que se ha venido sosteniendo, debido a que la mencionada jurisprudencia constituye un precedente judicial que genera expectativas concretas en los destinatarios del derecho en discusión y que prevalece frente a otros pronunciamientos de naturaleza similar, en razón a la jerarquía de la Constitución Política como norma de normas, pues, eé de advertir, que las sentencias de constitucionalidad tienen alcance obligatorio para todos los jueces por cuanto corresponde a la Corte Constitucional determinar el espíritu de la ley de conformidad con la Constitución Política (...)

(...) En ese orden de ideas, no sería dable la reliquidación de la mesada pensional bajo los términos de la demanda, ya que el precedente jurisprudencial establecido por la H. Corte Constitucional, el cual es de obligatorio cumplimiento, establece que la mesada pensional debe liquidarse con el promedio de lo cotizado durante los últimos diez años, teniendo en cuenta que el IBL, es un componente pensiona de carácter general, aplicable a

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00147-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARÍA ANTONIA FIERRO ZEA
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

todos los regímenes pensionales, sin distingo alguno, toda vez que ese fue el querer del legislador, con la expedición de la Ley 100 de 1993...

(...) Bajos dichas premisas, la sentencia objeto de impugnación deberá ser REVOCADA porque a la demandante no se le puede reconocer un reajuste que no está previsto dentro de su régimen pensional..."

Posteriormente, la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-024 del 5 de febrero de 2018, con ponencia de la Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado, expuso lo siguiente:

"34. Como se indicó *ut supra*, el contenido y alcance de la garantía de la favorabilidad, es entendida como el derecho a la interpretación que resulte más benéfica al trabajador/pensionado en caso de duda en la aplicación o interpretación de las fuentes formales del derecho.

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.

35. Como se desprende de este debate, en este escenario, es evidente que se configuran los dos elementos señalados en el fundamento de esta sentencia, que hacen necesario que se resuelva el caso a partir del principio de favorabilidad. En efecto:

i) En este caso **existe una duda seria y objetiva** que obliga a los jueces a elegir entre dos interpretaciones jurídicas.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00147-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARÍA ANTONIA FIERRO ZEA
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

ii) Existe una plena concurrencia de interpretaciones para dar solución al caso concreto.

Probados estos dos elementos, era necesario que los jueces, al tomar su decisión, constataran cuál de los dos ejercicios hermenéuticos debían seguir para no contrariar o violar directamente el mandato constitucional de favorabilidad. En la respuesta a esa pregunta, esta Corte encuentra evidente que la segunda opción interpretativa de las fuentes formales del derecho aplicables a estos casos, es aquella que respeta de manera clara y efectiva los derechos de los pensionados a solicitar la reliquidación de sus pensiones. Por tanto, no podría admitirse una conclusión diferente a que los operadores jurídicos escogieran la interpretación más favorable a la pensionada.

En esa medida, es evidente para esta Sala de Revisión que el Juzgado 6º Administrativo de Oralidad de Ibagué y el Tribunal Administrativo del Tolima debieron dar efectividad al principio de favorabilidad en este caso concreto y, en consecuencia, justificar su decisión en la tesis que avala la reliquidación pensional de la señora Policarpa Villanueva de Melendro, so pena de incurrir en violación directa de la Constitución.”

Postura, que fue ratificada por el Honorable Consejo de Estado a través de varios fallos de tutela, señaló que dentro del presente caso no se está vulnerando el precedente judicial, pero sí está quebrantando el principio de favorabilidad laboral, por violación directa a la Carta Magna, al respecto señaló³:

“Una de las circunstancias que concreta la violación directa de la Constitución, como causal de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, es cuando se deja de aplicar una disposición *ius* fundamental a un caso concreto.

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

Frente a las dos interpretaciones contrapuestas, una menos restrictiva que la otra, la Sala considera que la interpretación más adecuada frente al principio constitucional de favorabilidad en materia laboral, será aquella que respete la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho. Como se aprecia, el principio de favorabilidad opera en caso “*de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho*” (art. 53 de la Constitución), por lo tanto, cuando una norma laboral admita dos o más interpretaciones razonables, el intérprete debe elegir aquella que sea más favorable al trabajador. De no hacerlo, incurriría en violación directa de la Constitución.

En efecto, en sentencia T-024 de 2018, en la que se decidió un asunto con similares supuestos fácticos (reliquidación por Ordenanza 057 de 1966), la Corte Constitucional precisó que la tutela contra providencias judiciales por violación directa de la Constitución, procede cuando:

- a) En la solución del caso se deja de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional;**
- b) Se trata de la violación evidente a un derecho fundamental de aplicación inmediata;**
- c) Los jueces, con sus fallos, vulneran derechos fundamentales porque no tiene en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución; y**

³ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 1º de agosto de 2018. Radicación No. 11001-03-15-000-2017-00981-01(AC), C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00147-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARÍA ANTONIA FIERRO ZEA
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

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

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

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

Valga destacar que aplicando el criterio asumido por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 18 de febrero de 2010, "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...".

Adicionalmente esta Sección, al igual que la Sección Segunda, obrando en su condición de Juez Constitucional, en casos iguales al presente y en virtud del principio constitucional de favorabilidad, así lo han establecido en los fallos de tutela de 14 de abril de 2016, 9 de febrero de 2017, 13 de septiembre de 2017 y 6 de diciembre de 2017 de la Sección Cuarta; y los fallos del 18 de octubre de 2016, 9 de marzo y 25 de mayo de 2017, de la Sección Segunda, Subsección "A". En todas esas tutelas, la autoridad judicial accionada ha sido el Tribunal Administrativo del Tolima y por el mismo asunto.

Igualmente, la Corte Constitucional en fallo reciente acogió esta tesis, pues en estos casos se configuraron los elementos para que se aplicara el principio de favorabilidad, toda vez que i) existe una duda seria y objetiva que obliga a los jueces a elegir entre dos interpretaciones jurídicas y ii) existe una plena concurrencia de interpretaciones para dar solución al caso concreto. Por consiguiente, es necesario que se tomen decisiones que no violen directamente el mencionado principio (Destacado en negrilla).

Finalmente, el Honorable Tribunal Administrativo del Tolima en sentencia del 20 de junio de 2019, con ponencia del Dr. Carlos Arturo Mendieta Rodríguez, señaló lo siguiente:

"Considerando que la ordenanza 057 de 1966 fue declarada nula tal y como se precisó en regiones anteriores, se hace necesario establecer el régimen pensional ordinario aplicable a la actora, para efectos de determinar los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta en la reliquidación pensional deprecada.

En este punto, vale precisar que la jurisprudencia del alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha señalado que los docentes son empleados oficiales del régimen especial, lo cual comprende entre otros aspectos, el ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de estos servidores (art. 3 del Decreto 2277/79) pero, en manera alguna, su especialidad se extiende al régimen pensional; en la medida que las citadas normas no previeron requisitos específicos para los docentes, relacionados con

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00147-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARÍA ANTONIA FIERRO ZEA
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

la edad, el tiempo de servicios y a la cuantía, diferentes a los consagrados en disposiciones generales." (Subrayado en negrilla por este Despacho).

Teniendo en cuenta los anteriores pronunciamientos de las altas cortes y del Tribunal Administrativo del Tolima, se logra concluir por parte de esta instancia judicial que los beneficiarios, es decir los docentes, del régimen pensional establecido en la Ordenanza No. 057 de 1966 expedida por la Asamblea Departamental del Tolima, se debe liquidar con base al régimen especial de docentes, según al momento de haber adquirido su status pensional.

6.3.1. RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES

Frente al derecho Constitucional de la Seguridad Social contemplado en la misma Carta Política, la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos ha considerado que este derecho goza de un especial tratamiento y protección en virtud de la entidad jurídica que representa. Así, el artículo 48 de la Carta, consagra particularmente este derecho como inalienable e irrenunciable por parte de las personas, cuya garantía y eficacia compromete directamente al Estado, en tanto permite el desarrollo de conceptos que constituyen pilares esenciales del mismo como lo son el respeto a la dignidad humana y la protección de los derechos fundamentales del individuo como expresión obligatoria de la trascendencia de dicho concepto dentro del ordenamiento jurídico.

Corolario de lo anterior, y en aras de dar solución al problema jurídico planteado, el Despacho considera que es necesario citar las normas aplicables al caso específico de los actores, para lo cual se precisa que al respecto, se tiene lo siguiente frente al régimen pensional de los docentes:

Se tiene entonces que a través del Decreto Ley 2277 de 1979 "*Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente*", se estableció en principio un régimen especial de educadores, el cual a pesar de tratar diferentes temas de la carrera docente, no reguló de forma específica y concreta las pensiones de jubilación de aquellos trabajadores de la educación. Para mayor ilustración se trae de presente el artículo 1° que contempla:

"Artículo 1°.- Definición. El presente Decreto establece el régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente en los distintos niveles y modalidades que integran el Sistema Educativo Nacional, excepto el nivel superior que se regirá por normas especiales."

De igual forma, si bien esta normativa reiteró en su artículo 3 la especialidad del régimen de los educadores, nada se dijo sobre las pensiones ordinarias de este grupo de trabajadores del Estado. Así se estableció:

"Artículo 3° Educadores oficiales. Los educadores que presten sus servicios a entidades oficiales de orden nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal, son empleados oficiales de régimen especial que, una vez posesionados, quedan vinculados a la administración por las normas previstas en este decreto."

Posteriormente fue expedida la Ley 91 de 1989⁴ "*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*", la cual se refirió al régimen pensional de los educadores de carácter **Nacional** (docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional), **Nacionalizados** (docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1° de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975), y **Territoriales** (docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de

⁴ En desarrollo del proceso de nacionalización de la educación básica primaria y secundaria ordenado en la Ley 43 de 1975.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00147-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARÍA ANTONIA FIERRO ZEA
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

1975, teniendo en cuenta la fecha de su vinculación al servicio educativo), contemplando en su artículo 15 lo siguiente:

***Artículo 15.** A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

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

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

En este punto debe aclararse que el régimen de seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993, excluyó de forma concreta a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación, en virtud de lo señalado en el artículo 279, por lo cual se reitera, que este tipo de prestación sigue sometida al régimen legal anterior, que no es otro que la Ley 33 de 1985 la cual a su vez contempla un régimen de transición para quienes al momento de entrada en vigencia (13 de febrero de 1985), llevaran más de 15 años de servicios al Estado.

Frente a lo manifestado anteriormente, el H. Consejo de Estado ha determinado lo siguiente⁵:

"...la ley 33 de 1985, que obliga desde el 13 de febrero de 1985, fecha de su promulgación, aplicable al sector público sin distinción, resulta aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes (incluye docentes nacionales); para la pensión ordinaria de jubilación exige que el empleado oficial haya servido 20 años continuos o discontinuos y tenga 55 años de edad. De su aplicación exceptúa tres casos: 1 Los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. 2. Los empleados oficiales que a la fecha de entrar a regir hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones sobre edad pensional que regían con anterioridad. 3. Y los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de la Ley hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuaran rigiendo por las normas anteriores. Se destaca que esta ley en su artículo 25 derogó en forma expresa el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968; y en la forma tácita, el literal b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 en los artículos 1 y 25 de la Ley 33 de 1985 y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978" (Resalta el Despacho).

Finalmente, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario" dispuso lo siguiente:

***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." (Negrilla fuera de texto).

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 03 de abril de 2008, Expediente No. 1239-07, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00147-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARÍA ANTONIA FIERRO ZEA
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

La disposición anterior fue ratificada por el párrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 01 de 2005 que al tenor literal dispuso:

"Parágrafo transitorio 1°. 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".

Expuesto lo anterior, es claro entonces que el personal educador no cuenta con un régimen propio, pues las disposiciones que los gobiernan no regularon de manera concreta condiciones que tuvieren relación con la edad, el tiempo de servicios y la cuantía de las mesadas, por lo cual cabe concluir que la situación de los mismos se rige por las reglas generales en materia pensional.

6.4. HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES

Revisada la foliatura, se advierte que se encuentran los siguientes supuestos de hecho relevantes para tomar la decisión respectiva:

1. La señora Maria Antonia Fierro Zea, laboró como docente en el Departamento del Tolima, por un periodo de 34 años, 10 meses y 16 días (Fls. 60-63).

2. Mediante Resolución No. 1655 del 18 de julio de 1988, el Director de la Caja de Previsión Social del Tolima, ordenó el reconocimiento y pago a la señora Fierro Zea pensión de Jubilación de conformidad con lo establecido en el artículo 25 de la Ordenanza 057 de 1966 (Fls. 3).

3. Con Resolución No. 0609 del 10 de julio de 2002, el Secretario Administrativo del Departamento del Tolima, ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación a la demandante (Fls. 4-7).

4. A través de derecho de petición radicado el día 5 de junio de 2015, la señora Fierro Zea por intermedio de apoderado judicial, solicitó la reliquidación de pensión de jubilación sobre el 75% del promedio devengado en el último año de servicios (Fls. 10-11).

5. Por medio de la Resolución No. 0016583 del 14 de julio de 2015, expedido por la Directora del Fondo Territorial de Pensiones del Departamento del Tolima y la Secretaria Administrativa del Departamento del Tolima, negó la reliquidación de la pensión de la accionante, con fundamento en que la misma fue reconocida en virtud de la ordenanza No. 057 de 1966. (Fls. 12-14).

6. Mediante escrito presentado el día 23 de julio de 2015, la señora Maria Antonia Fierro Zea, por intermedio de apoderado judicial interpuso y sustentó el recurso de apelación en contra de la Resolución No. 0016583 del 14 de julio de 2015, solicitando que se reliquidara la pensión de jubilación teniendo en cuenta la prima de navidad y la prima de vacaciones (Fls. 15-17).

7. Resolución No. 0022 del 16 de febrero de 2016, expedida por el Gobernador del Departamento del Tolima, en la que se confirmó la Resolución anteriormente mencionada al desatar el recurso de apelación incoada (Fls. 18-21).

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00147-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARÍA ANTONIA FIERRO ZEA
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

8. Certificado del 3 de marzo de 2002, expedido por la Coordinación del Grupo de Nominas del Departamento del Tolima, en donde señala que la accionante devengó en los años 2001 y 2002, los siguientes factores salariales: Asignación Básica, sobresueldo, prima de alimentación, prima vacacional y prima de navidad (Fl. 8)

6.5. CASO CONCRETO

Al respecto, lo primero que se tiene que determinar es la normatividad aplicable a la pensión de jubilación de la señora María Antonia Fierro Zea.

La Ley 33 de 1985 estableció un régimen pensional general, en donde se consagró lo siguiente:

“Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) 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 regian con anterioridad a la presente Ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55), si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regian en el momento de su retiro.

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.

La citada norma cobró vigencia a partir de su promulgación –13 de febrero de 1985 – siendo aplicable como regla general al sector público nacional o territorial sin distinción de ninguna clase, salvo las excepciones en ella expresamente consagradas. Efectivamente, como una de estas previó un régimen de transición para aquellas personas que hubieren laborado por más de 15 años a la entrada de su vigencia.”

De la misma norma en cita se desprende que quienes siendo empleados públicos al 13 de febrero de 1985, tuvieran 15 o más años de servicios, quedarían cobijados por este régimen de transición y en consecuencia, se les aplicaría en materia pensional, si eran empleados de carácter nacional, el Decreto 3135 de 1968 y si eran empleados del orden territorial, la Ley 6 de 1945 y demás normas concordantes.

No obstante el régimen de transición establecido en la Ley 33 solo remite a las disposiciones anteriores en materia de edad, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia, en virtud del principio de inescindibilidad, la aplicación de la norma anterior debe hacerse en forma integral.

En tal sentido, y como se indicó anteriormente, se encuentra probado que la demandante laboró al servicio del Estado como empleada pública en calidad de docente del Departamento del Tolima desde el 14 de marzo de 1967 al 31 de enero de 1991⁶, por lo que se concluye que a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, contaba con más de 15 años de

⁶ Folios 4-7 del expediente.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00147-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARÍA ANTONIA FIERRO ZEA
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

servicios, motivo por el cual, tiene derecho a que a su pensión se aplique no solo en materia de edad, sino frente al porcentaje de la prestación y los factores a incluir, las normas anteriores, que como se indicó previamente, dado que laboró al servicio de entidades de carácter territorial, son la Decreto 3135 de 1968 y el Decreto 1045 de 1978.

Ahora bien, el Decreto Ley 3135 de 1968⁷, en cuanto al monto de la pensión, no previó los factores a incluir, por lo que el artículo 73 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969⁸, dispuso que a partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de derecho público, se liquidarán y pagarán tomando como base el 75% del promedio de los salarios y primas obtenidas en el último año de servicios.

Así las cosas y ante el vacío de la norma aplicable al caso en concreto, es necesario traer a colación la sentencia de unificación del 9 de julio de 2009, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda con radicado bajo el número 2500-23-25-000-2004-04442-01 bajo la ponencia de la Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, en donde se precisó:

“Encontrándose demostrado que el régimen pensional que aplicó la Entidad demandada, fue el contemplado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, para efectos de determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación se acudirá a lo preceptuado en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma posterior de carácter general que determina explícitamente los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar la cesantía y la pensión de jubilación, con el siguiente tenor literal:

“De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones.

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

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

Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación.

⁷ ARTÍCULO 27. Pensión de jubilación o vejez. 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.

(...).

⁸ ARTÍCULO 73. Cuantía de la pensión. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidas en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00147-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARÍA ANTONIA FIERRO ZEA
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

Al actor debieron incluirse en la liquidación de la pensión los factores salariales devengados durante el último año de servicio comprendido entre el 8 de septiembre de 1982 y el 8 de septiembre de 1983, que se encuentren enlistados en la norma citada, tales como el fomento al ahorro y las primas de servicios y navidad, ordenados por el A-quo. Por las anteriores consideraciones los factores a incluir en la liquidación de la pensión son el fomento al ahorro, objeto de conciliación, y las primas de servicios y navidad devengadas por el actor durante el último año de servicio, en la forma como lo ordenó el A quo."

Dicho lo anterior, entiende esta instancia judicial, que se debe acudir a lo preceptuado en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978⁹, la cual determina explícitamente los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar la pensión de jubilación del demandante.

En ese orden de ideas, la pensión consagrada en el Decreto Ley 3135 de 1968 se reconoce sobre los factores señalados en el artículo 45 del citado Decreto y en el Decreto Reglamentario 1848 de 1969, y por lo tanto la pensión del actor debía ser liquidada con el setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio y conforme a los factores citados anteriormente.

Y es que si bien el Decreto 1045 de 1978, establece unos factores salariales para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, también lo es que no se impide la inclusión de otros factores devengados por el trabajador, por ende, para la liquidación de la pensión, se tiene en cuenta la totalidad de los factores que constituyen salario, sumas que habitual y periódicamente recibe el trabajador como contraprestación por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, así no se encuentren señalados taxativamente.

En este punto, es necesario precisar, que aunque este Despacho en pronunciamientos anteriores ha resuelto acatar el precedente constitucional esgrimido en la sentencia SU-230 de 2015 emitida por la H. Corte Constitucional, en el entendido que dentro del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no se incluye el IBL, sino solamente la edad, el tiempo de servicios y el monto pensional, en este caso, no es procedente dar aplicación al mismo, puesto que tal postura solo cobija a los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, sin que aplique a quienes consolidaron su derecho con anterioridad ni a quienes están excluidos de su aplicación.

Habiéndose establecido entonces que los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la pensión del actor, son los enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, el Despacho procederá a revisar la certificación de los factores salariales por el actor durante su último año de servicios y cotejarla con la norma en comentario.

Efectivamente, de la certificación expedida por el Grupo de Nóminas y Salarios de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, respectivamente, se tiene

⁹ "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 inexecutable del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968..."

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00147-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARÍA ANTONIA FIERRO ZEA
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

que la accionante durante el último año de servicios – 1 de febrero de 2001 al 30 de enero de 2002¹⁰, devengó los siguientes factores salariales, a saber: i) sueldo, ii) sobresueldo iii) prima de alimentación iv) prima de vacaciones y v) prima de navidad.

Ahora bien, la entidad demandada de acuerdo a lo probado en el proceso, al reliquidarle la pensión de jubilación al accionante en la Resolución No. 0609 de 10 julio de 2002, tuvo como factores salariales los siguientes: sueldo.

Por lo tanto tal y como quedó establecido al momento de fijar el objeto del litigio, en este caso el pronunciamiento del Despacho se limita a establecer si ha de ordenarse la inclusión de la totalidad de los otros factores devengados durante el último año de servicios, tales como las primas de semestral, navidad y vacaciones.

Bajo las anteriores premisas, este Despacho habrá de declarar la nulidad de acto administrativo acusado y en consecuencia ordenará a la entidad demandada reliquidar y pagar la pensión de jubilación a la señora María Antonia Fierro Zea en cuantía del 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicios, con la inclusión del sobresueldo y además de las doceavas partes de las prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad, tal como ha sido señalada por el Honorable Consejo de Estado.¹¹

Respecto a los **aportes a seguridad social** correspondientes a los mencionados factores, deberán ser descontados debidamente indexados al momento de dar cumplimiento al presente fallo de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del C.P.A.C.A., sobre los factores ordenados incluir, es decir, prima semestral, prima de navidad y prima de vacaciones.

6.6. PRESCRIPCIÓN

Respecto al fenómeno de la prescripción, ha de acudir al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 que estableció: "... Artículo 41. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en este decreto, prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se hizo exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por u lapso igual".

En el presente asunto, a la señora María Antonia Fierro Zea le fue reconocida la pensión de jubilación mediante la Resolución 1655 del 18 de julio de 1988¹²; a través de apoderado él demandante solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación, la cual fue negada mediante las Resoluciones Num. 1653 del 14 de julio de 2015 y 0022 del 16 de febrero de 2016¹³.

Ahora bien, atendiendo a que la demandante presentó ante la entidad solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación, el **día 5 de junio de 2015**, es lógico afirmar que el fenómeno jurídico en comento ha operado en el presente caso, por lo menos en lo que tiene que ver con las partidas que no fueron incluidas dentro de la mesada pensional anteriores al **5 de junio de 2012**. En consecuencia, se declarará probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada.

¹⁰ Folio 8.

¹¹ "Por lo anterior, procede la reliquidación de la pensión reconocida a la actora, teniendo en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibió de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, como son: Sueldo, Bonificación por Servicios Prestados, Prima Semestral Junio, Prima de Navidad y Prima de Vacaciones. Consejo De Estado, Sección Segunda, Sentencia del 4 de septiembre de 2014, Radicación número: 25000-23-25-000-2006-08455-01(1420-11), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

¹² Fl. 3 del expediente.

¹³ Fls. 12-14 y 18-22 del expediente.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00147-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARÍA ANTONINA FIERRO ZEA
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

Las sumas que se cancelen se deberán actualizar, utilizando para ello la fórmula adoptada de tiempo atrás por la Sección Tercera del Consejo de Estado:

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

Según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante por concepto de reliquidación, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha del pago de las sumas ordenadas en esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la época en que se causaron las sumas adeudadas), o sea la fecha de liquidación de la pensión, desde el **5 de junio de 2012**.

7. COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, hoy C.G.P.

Así pues, el Código General del Proceso, en su artículo 365, en cuanto a la condena en costas establece en su numeral 5° que en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

Este Despacho dará aplicación al numeral citado, teniendo en cuenta que si bien, se causaron tanto gastos procesales como agencias en derecho, en el presente asunto se accedió parcialmente al reconocimiento de la diferencia de mesada pensional deprecada por el accionante, toda vez que se declaró probada la excepción de prescripción propuesta por el Departamento del Tolima (parte vencida en el proceso), razón por la cual, el juzgado se abstendrá de condenar en costas a esta última.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Doce Administrativo Mixto del Circuito de Ibagué, Administrando Justicia en Nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de las **Resoluciones Nums. 001653 del 14 de julio de 2015 y 0022 del 16 de febrero de 2016** proferidas por la parte accionada, de conformidad a las razones anotadas en precedencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES, a reliquidar y pagar la pensión de jubilación de la señora **MARÍA ANTONIA FIERRO ZEA**, en el equivalente del 75% del monto total de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, incluyendo el sobresueldo y además la doceava parte de la prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad respectivamente, sumas establecidas que deberán incluirse en nómina, e indexarse conforme a la fórmula referida en precedencia.

TERCERO: ORDENAR al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES, que descuente debidamente indexados los aportes a seguridad

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00147-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARÍA ANTONINA FIERRO ZEA
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

social correspondientes a los factores salariales reconocidos en la presente providencia de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del C.P.A.C.A., sobre los factores ordenados incluir, es decir, prima semestral, prima de navidad y prima de vacaciones.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad accionada, respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **25 de junio de 2012**, con ocasión de la prescripción trienal, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

QUINTO: Sin **COSTAS**

SEXTO: Por Secretaría hágase entrega de los remanentes que por concepto de gastos ordinarios del proceso existan a favor de la accionante.

SÉPTIMO: Una vez en firme, háganse las anotaciones en el programa Siglo XXI y efectuado la totalidad de los trámites acá ordenados, archívese el expediente.

OCTAVO: NOTIFÍQUESE esta sentencia de conformidad con el artículo 203 del CPACA. Se advierte que contra la misma procede el recurso de apelación dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación (Art. 247 Ibídem).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


GERMAN ALFREDO JIMÉNEZ LEÓN
JUEZ