

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA SALA DE ORALIDAD M.P. LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA

Ibagué, veintiuno (21) de abril de dos mil veintidós (2022)

IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 73001-33-33-006-2019-00035-01
Demandante: María Belén Leal de Villamil
Apoderado: Ghandi Arnoldo Huertas Machado
Demandado: Departamento del Tolima
Apoderado: Jairo Alberto Mora Quintero
Vinculado: Nación – Ministerio de Educación – Fomag
Apoderado: Luis Alfredo Sanabria Ríos (principal)
Diana Cristina Bobadilla Osorio (sustituta)
Tema: Reliquidación pensional

ASUNTO

Decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 05 de octubre de 2021 por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Ibagué, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

La señora María Belén Leal de Millán¹, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró demanda contra el Departamento del Tolima, con el fin de que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones 1214 del 26 de abril de 2018 y 0106 del 26 de junio siguiente, por medio de las cuales se negó el reajuste del monto de la pensión de jubilación por inclusión de las doceavas partes de las primas de vacaciones y de navidad.

Como consecuencia de la declaración anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicita el reajuste de la pensión de jubilación con inclusión de todos los factores devengados durante el último año de servicios, particularmente las primas de vacaciones y de navidad.

También, reclama el pago del retroactivo que se cause sobre las diferencias que resulten de las mesadas pensionales debidamente indexadas, así como el de intereses, costas y agencias en derecho. Igualmente, requiere que los descuentos que se efectúen para aportes al sistema de seguridad social se afecten de prescripción trienal.

Por último, pide que se dé cumplimiento a la sentencia que ponga fin al proceso en los términos dispuestos en los artículos 192 y 195 del CPACA.

1.1.1. Hechos

En relación con las pretensiones de la demanda, se dejaron anotadas las siguientes circunstancias fácticas:

¹ Por conducto de apoderado.

Por medio de la Resolución 0689 del 06 de mayo de 1987, emitida por el hoy Fondo Territorial de Pensiones del Tolima, se reconoció pensión de jubilación a favor de la señora María Belén Leal de Millán, con efectos a partir del 01 de febrero de 1986.

A través de la Resolución 583 del 13 de mayo de 2003, proferida por la Secretaría de Servicios Administrativos y de la Función Pública del Departamento del Tolima, se reliquidó la prestación anterior por retiro definitivo del servicio sin inclusión de las primas de navidad y vacaciones.

El 14 de marzo de 2018, la señora María Belén Leal de Millán pidió a la entidad demandada el reajuste de su pensión de jubilación con inclusión de todos los factores percibidos el último año de servicios.

Con las Resoluciones 1214 del 26 de abril de 2018 y 0106 del 26 de junio de igual año, la entidad demandada negó la referida solicitud.

1.1.2. Concepto de violación

Aduce que los actos administrativos acusados omitieron el deber legal de establecer el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación reconocida a la aquí demandante con el régimen pensional anterior al de la Ley 33 de 1985, dentro del cual se enlista como factores de liquidación las primas de navidad y de vacaciones, entre otros (Decreto 1045 de 1978).

1.2. Contestación de la demanda

1.2.1. Departamento del Tolima

Se opuso a las pretensiones de la demanda con sustentó en la reciente interpretación jurisprudencial sobre transición de la Ley 100 de 1993. Además, formuló las excepciones que denominó *“imposibilidad legal de lo pretendido por inaplicabilidad de la norma”* y *“prescripción”*.

1.2.1. Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Señaló oposición a las súplicas de la demanda con base en los fundamentos que seguidamente se exponen.

Indicó que una vez anulada la Ordenanza 057 de 1966, las pensiones como la reconocida a la actora, toman la connotación de una pensión de jubilación ordinaria docente y, por ende, a pesar del respeto del derecho adquirido que se tiene, deben ser estudiadas para efectos de reliquidación, con base en la normatividad general que rige a esta clase de servidores públicos.

Manifestó que como la pensión en el caso bajo estudio debe analizarse como si se tratara de una pensión de jubilación ordinaria de docente, es propicio recordar que el máximo órgano de esta jurisdicción profirió la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 el 25 de abril de 2019, sobre el tema de los factores salariales que hacen parte del ingreso base de liquidación del personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Expuso que al concluirse en el precedente en cita que el régimen aplicable al sector docente es el mismo de los servidores públicos del orden nacional, contenido en la Ley 33 de 1985, el ingreso base de liquidación sería el consagrado en el artículo 3° de dicha disposición normativa, la cual fue modificada por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

Expresó que aun cuando las resoluciones demandadas no fueron proferidas por el Fomag, se solicita considerar las reglas jurisprudenciales fijadas por el Consejo de Estado y que, para el caso en concreto, y en atención a la fecha de vinculación del docente, se aplique el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 en concordancia con el artículo

8 de la Ley 91 de 1989, a efectos de liquidar el ingreso base de liquidación que le corresponda a la demandante con aquellos factores salariales que estén enlistados en la norma referenciada y se hayan realizado aportes sobre los mismos.

También, formuló la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, argumentando que los actos administrativos demandados no fueron expedidos por esta autoridad.

1.3. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Ibagué, en sentencia proferida el 05 de octubre de 2021, resolvió negar las pretensiones de la demanda.

Lo anterior en consideración a que la accionante adquirió su derecho pensional en vigencia de la Ley 33 de 1985 y por lo tanto los factores salariales a tenerse en cuenta para su liquidación son los devengados y señalados taxativamente en la Ley 62 de 1985, que fueron los reconocidos por las accionadas en los actos administrativos de reconocimiento y reliquidación pensional.

1.4. Apelación

El apoderado de la parte demandante formuló recurso de apelación contra la decisión anterior, exponiendo los siguientes argumentos:

Señaló que no se está solicitando el reajuste de la pensión de la accionante con base en la Ordenanza 057 de 1966, sino que se pide mediante este proceso que se apliquen las normas contenidas en las Leyes 6ª de 1945, 4ª de 1966 y de los Decretos 3135 de 1968, 1045 de 1978 y el régimen de transición de la Ley 33 de 1985.

Mencionó que cuando la actora adquirió estatus pensional estaban vigentes normas jurídicas de mayor categoría a la Ordenanza 057 de 1966, como las Leyes 6ª de 1945, 171 de 1961 y 4ª de 1966, los Decretos 1743 de 1966, 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, y el régimen de transición de la Ley 33 de 1985.

Refirió que ninguna de las normas anteriores “(...) estipula que se deberán realizar sobre los factores salariales percibidos por el empleado oficial, los aportes a la seguridad social en pensiones, para que se les tenga en cuenta en el ingreso base de liquidación pensional. Antes por el contrario, estipulan que el valor de la pensión vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de salarios y primas de toda especie percibidos en el último año de servicio por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado.” (sic).

Anotó que “(...) la pensión de jubilación reconocida a los docentes al servicio del Magisterio Oficial del Departamento del Tolima, bajo la normatividad de la Ordenanza 057 de 1966, les es RELIQUIDADA por retiro definitivo del servicio, aplicando normas nacionales, como la Ley 33 de 1985 y la Ley 71 de 1988. La citada RELIQUIDACIÓN, se efectúa con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio, en cuanto al SUELDO se refiere; pero sin tenerle en cuenta todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios, razón y causa de la presente demanda contenciosa administrativa. Por lo tanto, Sí hay una RELIQUIDACIÓN PENSIONAL, pero parcial. Falta el reconocimiento en el ingreso base de liquidación pensional, de los factores salariales percibidos en el último año de servicios de la actora, para que la RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN SEA TOTAL.” (sic).

Apuntó que el Acto Legislativo 01 de 2005, opera hacia el futuro así que no se puede retrotraer hacia situaciones jurídicas consolidadas, como ocurre en este asunto.

Expuso que el Consejo de Estado ha sostenido que en virtud del principio de inescindibilidad de la norma, a efectos de aplicar el régimen de transición del

parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, era necesario atender de manera integral el régimen pensional anterior, que es precisamente lo pedido a través de este proceso, como quiera que en el Decreto 1045 de 1978 si se enlistan las primas de navidad y de vacaciones que se piden tener en cuenta como base de liquidación pensional.

Acusó que era desacertado por parte de la primera instancia no tener en cuenta que a la demandante le resultan inaplicables las disposiciones contenidas en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Además, citó fallos proferidos en acciones de tutela y en procesos laborales ordinarios que, en su criterio, acogen lo aquí pretendido.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

El presente asunto es competencia de esta Corporación de conformidad a lo establecido en el artículo 153 del CPACA, según el cual los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

De otro modo, esta Sala se ceñirá a lo reglado en el artículo 328 del CGP, por remisión del artículo 306 del CPACA; en cuanto a que se hará pronunciamiento únicamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin dejar de lado las decisiones que se deban adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

2.2. Procedibilidad del recurso de apelación

Acorde con lo señalado en el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, son apelables las sentencias de primera instancia, circunstancia que es la que se avizora en el presente caso.

2.3. Problemas jurídicos a resolver en segunda instancia

De acuerdo a lo expuesto por la parte recurrente, esta Sala se ocupará de determinar:

- a) ¿Cuál es el régimen pensional aplicable a la situación jurídica de la demandante?
- b) ¿Si en la base de la liquidación pensional deben incluirse todos los factores devengados o solamente aquellos previstos en la ley y que sean afectados con cotización?

2.3.1. Tesis de la Sala

Se confirmará la sentencia apelada por cuanto la demandante no tiene derecho a la reliquidación pensional incluyendo los factores solicitados y devengados durante el último año de servicios, como quiera que no se encuentran enlistados en la Ley 62 de 1985 que modifica el artículo 3 de la Ley 33 del mismo año. En el proceso quedó acreditado que el régimen aplicable a la situación de la actora es el de la transición de la Ley 33 de 1985, respecto al cual se debe indicar que el beneficio que contempla el mentado régimen de transición recae solamente en la edad de adquisición del estatus pensional, por consiguiente, los demás aspectos, como el IBL, se rige por las normas vigentes sobre la materia. Además, ha de advertirse que el Consejo de Estado en sentencia SUJ-014-CE-S2-2019 del veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019) sentó unificación sobre la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de

la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, como es el caso de la accionante, y allí se estableció que los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo. Entonces, como las primas de navidad y de vacaciones, factores sobre los cuales pide la parte actora reajuste de la pensión de jubilación, no se encuentran relacionadas como partidas de cotización al sistema, tampoco pueden ser computables como de liquidación para establecerse el monto de la prestación.

2.4. Análisis de la Sala

2.4.1. Hechos probados

Para la Sala, merece plena credibilidad la documental aportada, en la medida en que fue arrimada al proceso oportunamente por las partes y en ningún momento fue desconocida o tachada, razón por la cual se itera, tiene pleno valor probatorio. De acuerdo al referido sustento documental, este Juez Plural encuentra probados los siguientes fundamentos fácticos:

- 2.4.1.1.** La señora María Belén Leal de Millán nació el 27 de julio de 1947, tal como se desprende de la fotocopia de su cédula de ciudadanía obrante en la página 45 del 01CuadernoPrincipal del expediente digital.
- 2.4.1.2.** Ejerció como docente oficial al servicio del Departamento del Tolima entre el 27 de enero de 1966 y el 08 de septiembre de 2002 (páginas 42 a la 43 del 01CuadernoPrincipal del expediente digital).
- 2.4.1.3.** Por medio de la Resolución 0689 de 06 de mayo de 1987, le fue reconocida pensión de jubilación, bajo los presupuestos dispuestos en la Ordenanza 075 de 1966 (páginas 6 a la 7 y de la 27 a la 39 del 01CuadernoPrincipal del expediente digital).
- 2.4.1.4.** Los factores sometidos a liquidación para establecer el monto de la prestación fueron la asignación básica, la prima de alimentación y la prima de navidad², empero, a través de la Resolución 0683 del 13 de mayo de 2003, se reajustó el valor de la prestación por retiro definitivo del servicio y sólo se tuvo en cuenta la asignación básica (páginas 8 a la 11 del 01CuadernoPrincipal del expediente digital).
- 2.4.1.5.** El 14 de marzo de 2018, la señora María Belén Leal de Millán solicitó reliquidación de la pensión en comento por inclusión de la totalidad de factores devengados durante el último año de servicios, particularmente las doceavas partes de las primas de navidad y de vacaciones (páginas 12 a la 25 del 01CuadernoPrincipal del expediente digital).
- 2.4.1.6.** Con las Resoluciones 1214 del 26 de abril de 2018 y 0106 del 26 de junio siguiente, fue negada la solicitud anterior (páginas 27 a la 39 del 01CuadernoPrincipal del expediente digital).

2.4.2. Marco normativo

El Consejo de Estado, ha indicado que, según la Constitución Política de 1886, la regulación de prestaciones sociales para los empleados públicos, era facultad exclusiva del Congreso de la República o del presidente en uso de facultades extraordinarias.

Es así, como la Ordenanza 057 de 1966, expedida por la Asamblea Departamental del Tolima, no podía señalar requisitos distintos de los establecidos en la ley para el reconocimiento del derecho pensional, pues, dicha Corporación no tenía

² Páginas 6 a la 7 del 01CuadernoPrincipal del expediente digital.

facultades derivadas de la Constitución ni de la Ley 4ª de 1913, para regular prestaciones sociales.

Por las anteriores razones este Tribunal el 13 de diciembre de 1990, declaró nula la Ordenanza 057 de 1966, decisión que fue confirmada por el Consejo de Estado, en la que indicó:

"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 4 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 el 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..."

De acuerdo a lo anterior y con relación a las pensiones que fueron reconocidas con base en la Ordenanza 057 de 1966, nuestro máximo órgano de cierre, en sentencia del 07 de junio de 2007, dentro del expediente No. 73001233100020000366901, determinó:

"(...) 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. Como ya se indicó, a las asambleas departamentales no les correspondía regular las materias relativas a las prestaciones de los empleados al servicio de los departamentos ni de sus entidades descentralizadas. Por este aspecto las pretensiones de la demanda no podrían prosperar. La demanda en el presente caso fue presentada el 30 de noviembre de 2000, luego de la declaratoria de nulidad de la Ordenanza 57 de 1966 (...)"

En ese mismo pronunciamiento se señaló que las pensiones de jubilación reconocidas a los servidores públicos con fundamento en normas de carácter territorial, mantienen su vigencia de acuerdo a lo previsto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

"(...) De las situaciones jurídicas consolidadas. Sobre este aspecto jurídico en particular, debe decir la Sala que el inciso 6 del artículo 36 de la ley 100 de 1993 no legalizó los actos que crearon prestaciones extralegales para los servidores públicos sino que, se limitó a respetar las situaciones de carácter individual consolidadas.

De otra parte, el artículo 146 de la ley 100 de 1993 dispuso que las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a dicha ley, con base en disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales en favor de empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados continuarían vigentes.

Sobre este artículo precisó la Corte Constitucional que las únicas situaciones que merecían ser respetadas eran las definidas con anterioridad a la fecha de vigencia de la ley pues ellas no podían ser desconocidas por norma posterior; agregó, que frente a quienes no habían consolidado el derecho existía nada más que una expectativa que podía ser legítimamente variada por el legislador. (...)"

Así pues, teniendo en cuenta que estamos ante un derecho preexistente que no puede ser desconocido, y que fue otorgado bajo la vigencia de una normatividad que ulteriormente fue declarada nula, se podría pensar que no es posible acceder a la solicitud de reliquidación pensional deprecada con fundamento en un precepto que fue retirado del mundo jurídico; no obstante, atendiendo los últimos pronunciamientos en sede de tutela emitidos por el Consejo de Estado, como el de fecha del 1° de febrero de 2018, según el cual, entre las disposiciones adoptadas por esa corporación, se debe acoger a aquella que resulte más beneficiosa y favorable para el trabajador, procede el reajuste de tal prestación, conforme a las normas que regulan la pensión ordinaria de jubilación de los docentes.

En este punto es necesario hacer alusión a que el Consejo de Estado³, luego de analizar el régimen pensional de los docentes del sector oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados antes y después de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijó las siguientes reglas de unificación jurisprudencial:

“a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

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

En consecuencia, el régimen pensional de los docentes oficiales vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, es el previsto en la Ley 33 de 1985.

Ahora, el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 reguló el régimen pensional de los empleados oficiales, es decir, empleados públicos y trabajadores oficiales, según el cual aquellos que hubiesen prestado 20 años de servicio, continuos o discontinuos y cumpliesen 55 años de edad, tendrían derecho al pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Por su parte, el artículo 3 *ibidem*, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, expuso que la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estaría constituida por los siguientes factores: “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”.

Asimismo, agregó 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 (...)”

³ Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019 del veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019). Expediente: 680012333000201500569-01. Demandante: Abadía Reynel Toloza. Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag.

Ahora bien, el párrafo 2 del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 creó un régimen de transición según el cual:

- i) Quienes a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 tuviesen 15 años de servicio al Estado tendrían derecho a la aplicación del requisito de edad que regía en normas anteriores; y
- ii) Quienes tuviesen acreditados 20 años como empleados oficiales y se encontrasen retirados del servicio en el momento en que entró a regir la citada ley obtendrían la pensión de jubilación a los 50 años de edad en el caso de las mujeres y 55 en el de los hombres, la cual se reconocería y pagaría de conformidad con las normas vigentes a la fecha de retiro.

Corolario a lo anterior, quienes al 13 de febrero de 1985 tuviesen 15 años de servicio o más, tendrían como prerrogativa la posibilidad de pensionarse con la edad prevista en la norma anterior; y quienes ya tuviesen 20 o más años de servicio, estuviesen retirados y solo les faltare la edad para obtener el estatus pensional, tendrían derecho a pensionarse con la norma que regía al momento del retiro.

Respecto a la primera regla transicional contenida en la Ley 33 de 1985, debe advertirse que la norma aplicable vigente antes de la citada ley era la Ley 6ª de 1945, que en su artículo 17 previó una pensión de jubilación para los empleados oficiales equivalente a las dos terceras partes del promedio de los sueldos devengados en el último año de servicio para quienes acreditaran 50 años de edad y 20 de servicio, continuos o discontinuos. Esta sería modificada en primer lugar por el artículo 3 de la Ley 65 de 1946, y posteriormente el artículo 4 de la Ley 4ª de 1966, este último en el sentido de que la pensión sería equivalente al 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicio.

En ese sentido, a partir de la Ley 4ª de 1966, los empleados oficiales tendrían derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios, siempre que cumplieran 50 años de edad y 20 de servicio al Estado.

Luego, el Decreto Ley 3135 de 1968, por el cual se previó la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se reguló el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, dispuso en su artículo 27 que los empleados públicos o trabajadores oficiales que sirvieran al Estado por 20 o más años, continuos o discontinuos, y cumpliesen 55 años en el caso de los hombres y 50 en el de las mujeres, tendrían derecho al pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.

De tal modo se infiere que el Decreto Ley 3135 de 1968 únicamente modificó lo concerniente a la edad para acceder al derecho pensional, respecto de los hombres, quienes podrían obtener el estatus una vez cumplieran los 55 años de edad, mientras que no hubo cambio respecto a la situación jurídica de las mujeres.

Por consiguiente, la norma aplicable a los beneficiarios de la primera parte del párrafo 2 del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 es el artículo 27 del Decreto Ley 3135 de 1968, que previó que la edad para obtener el beneficio pensional se reitera, sería de 50 años para las mujeres y 55 para los hombres, por cuanto esta era la norma pensional anterior.

Ahora bien, el conflicto se suscita en concretar si se debe dar aplicación al régimen de transición al que alude el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, es decir, conforme a la interpretación literal de la norma según la cual se garantiza el acceso a la prestación con la edad regulada en la norma anterior o si se debe dar prevalencia al principio de inescindibilidad de la norma, situación que ha sido discutida y evidenciada en diversos pronunciamientos emitidos por el Consejo de Estado,

como se hizo en las sentencia del 4 de agosto de 2010 y del 15 de diciembre de 2016 en las que se salvaguardó la aplicación integral de la normativa anterior.

No obstante, si bien dicha Corporación en la ya referida sentencia del 4 de agosto de 2010 había unificado su posición⁴, en el sentido de indicar que al momento de efectuar el reconocimiento pensional a favor del empleado, se deben tener en cuenta, además de los factores mencionados, aquellos que constituyen salario, independientemente de la denominación que reciban, es decir, los “(...) que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio (...)”, y no solamente los descritos en la norma antes mencionada. Sin embargo, como ya se anotó en precedencia, en sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019 del 25 de abril de 2019, se modificó la posición adoptada en aquella oportunidad respecto al régimen pensional de los docentes, para acoger el planteamiento de la Corte Constitucional, en cuya jurisprudencia ha destacado la relación de correspondencia entre las cotizaciones efectuadas durante la vida laboral al Sistema General de Seguridad Social con la finalidad de no desconocer el principio de solidaridad y sostenibilidad financiera en esta materia⁵, asimismo, se fijó como regla que los factores salariales a incluirse en el IBL para la pensión de jubilación de aquellos servidores públicos son únicamente aquellos sobre los cuales se efectuaron aportes o cotizaciones al sistema de pensiones, al sostener que:

“a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

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

Por lo precitado, se concluye entonces que el ingreso base de liquidación de quienes cumplen los requisitos del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, no podrán aplicárseles los factores puntualizados en el régimen anterior, sino que se tendrá que dar prevalencia a los factores que se dispusieron en la citada Ley 33 y que fuera modificada por la Ley 62 de 1985.

La posición a que se viene haciendo referencia sobre el régimen de transición de la Ley 33 de 1985, encuentra sustentó en las siguientes providencias emitidas por la Sección Segunda del Consejo de Estado. Veamos:

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, magistrado ponente: William Hernández Gómez, sentencia del dos (2) de julio de dos mil veinte (2020), radicación número: 25000-23-42-000-2016-03057-01(6158-18), actor: Stella Inés Herrera de Añez, demandado: Administradora Colombiana de Pensiones:

“De acuerdo con la tabla anterior, aun cuando se refirió que la señora Herrera de Añez laboró hasta el 13 de diciembre de 1994, se resalta que al 13 de febrero de 1985 había prestado servicios al Estado por más de 15

⁴ Consejo de estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de agosto de 2010, Radicación: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), Demandante: Luis Mario Velandia.

⁵ Sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015, la SU-395 de 2017 y la SU-023 de 2018 de la Corte Constitucional.

años, pero continuaba laborando al servicio del Departamento de Cundinamarca, vinculación que terminó el 1.º de enero de 2007, en concordancia con lo anotado en la Resolución 01304 del 16 de julio de 2007, que reposa a folios 12 a 15 del expediente, razón por la cual se encontraba cobijada por la primera parte del parágrafo 2.º del artículo 1.º de la Ley 33 de 1985, es decir, que por haber cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio tenía derecho a que se le respetara la edad pensional prevista en la norma anterior a la vigencia de la Ley 33 de 1985.”

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, magistrado ponente: Gabriel Valbuena Hernández, sentencia del treinta (30) de abril de dos mil veinte (2020), radicación número: 41001-23-33-000-2013-00297-01(2492-14), actor: Leonardo Vidal Ortega, demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - U.G.P.P.:

“En primer lugar, teniendo en cuenta que el demandante prestó sus servicios a partir del 11 de septiembre de 1958, para el día 13 de febrero de 1985⁶ contaba con 26 años, 5 meses y 2 días de tiempo laborado en el Distrito 11 del Ministerio de Obras Públicas, por tal razón, no cabe duda alguna en que lo cobija el régimen de transición preceptuado por el inciso 1º del parágrafo 2º del artículo 1º⁷ de la Ley 33 de 1985.

Las implicaciones de ser favorecido por este régimen de transición solamente recaen en que se tenga en cuenta la edad de jubilación contemplada en las normas anteriores a dicha ley, de ahí que la pensión de jubilación será liquidada de acuerdo con las Leyes 33 y 62 de 1985, 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.”

- Consejo De Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, magistrada ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia del veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020), radicación número: 25000-23-42-000-2013-03453-01(3290-18), actor: Amparo Hurtado de Trespacios, demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - U.G.P.P.:

“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 desprevénida 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*

⁶ Fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985.

⁷ «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».

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.”

Esta Sala de decisión en sentencia calendada del 15 de agosto de 2019, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Betty Gualtero Maceto contra la UGPP, con radicado 73001-33-40-012-2016-00316-01 (interno 1079-2018), aplicó el precedente en cita respecto a la transición de la Ley 33 de 1985, en los siguientes términos:

“En este punto, se debe indicar que el beneficio que contempla ese régimen de transición recae en la edad, es decir, que los demás aspectos serán regulados conforme a la Ley 33 de 1985, norma vigente al momento del reconocimiento pensional, lo anterior, teniendo en cuenta que fue el mismo legislador el que dispuso la forma como se aplicarían los beneficios contenidos en ese régimen de transición.”

El Consejo de Estado a través del fallo de tutela emitido el 16 de diciembre de 2019⁸, dejó sin efectos la decisión emitida por esta Corporación el 24 de octubre de la misma anualidad⁹, en la que se resolvió el asunto sometido a consideración con fundamento en que el único elemento de la transición de la Ley 33 de 1985, era la edad, por lo que, como los factores salariales cuya inclusión se pedía no se encontraban relacionados en la Ley 62 de 1985, no era posible tenerlos en cuenta para calcular la mesada pensional del actor.

El sustentó de la mentada providencia, por parte del Consejo de Estado, fue el siguiente:

“42. Ahora, frente a los empleados públicos beneficiario de la transición NO de la Ley 100 de 1993 sino de la Ley 33 de 1985, es necesario tener en cuenta que la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁰ ha establecido que conforme al parágrafo 2 del artículo 1 de la citada Ley, quienes al momento de su entrada en vigencia tengan 15 años de servicios o más, serán beneficiarios del régimen contenido en la Ley 6 de 1945.

43. Con respecto a este punto, es importante mencionar que en reciente jurisprudencia¹¹, el Consejo de estado reiteró la mencionada postura como pasa a verse (se transcribe):

“Igualmente, se advierte que el demandante era beneficiario del régimen de transición previsto por la Ley 33 de 1985, pues tenía más de 15 años de servicio para su entrada en vigencia, lo cual no se afecta por el hecho de que la prestación hubiera sido reconocida en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, que de acuerdo con el análisis efectuado en precedencia su pensión debía regirse por la Ley 6 de 1945 y no las reglas y subreglas definidas para los beneficiarios del régimen de transición de la mencionada Ley 100 de 1993 en la sentencia del 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

Así las cosas, se observa que el acto de reconocimiento, Resolución 01344 del 29 de junio de 1999, fue expedido de acuerdo con la normativa que

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, consejero ponente: Alberto Montaña Plata, dieciséis (16) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), radicación número: 11001-03-15-000-2019-0-4813-00(AC), actor: Luis Cecilio Gálvez Linares, demandado: Tribunal Administrativo del Tolima.

⁹ Nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Luis Cecilio Gálvez Lineras contra el departamento del Tolima, radicado 73001-33-33-004-2017-00386-01, M.P. Ángel Ignacio Álvarez Silva.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia 19 de abril de 2007, radicación: 150012331000199902187-01(1114-03), este criterio fue reiterado en las providencias: Subsección B, Sentencia del 19 de noviembre de 2009, radicación: 250002325000200401634 01(1028-07), actor: Raúl Armando Quiñones Villarreal; y Sección Segunda, Sentencia del 16 de diciembre de 2009, radicación: 250002325000200200474 01(1754-06).

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A Sentencia de 31 de enero de 2019. Radicado: 410012331000201200101 01 (1145-2016).

regía la situación del señor Pablo Emilio Flórez González, tal y como se desprende de su contenido, tal y como se anotó previamente.

Sin embargo, la liquidación de la mesada debía tener en cuenta los factores salariales que el servidor devengó durante el último año de servicios, en los términos del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, aspecto en relación con el cual, del análisis de los documentos aportados al plenario, se evidencia que la prima de navidad no fue incluida en la liquidación de la prestación, como lo indicó la sentencia de primera instancia, emolumento que debió ser tenido en cuenta para el cálculo de la mesada.”

Empero, la posición ostentada cambió, tal como quedó sentado en la relación de las últimas sentencias emitidas por el Consejo de Estado por medio de las cuales fijó que el régimen de transición de la Ley 33 de 1985, era claro en mencionar que las implicaciones de ser favorecido por este régimen recaen solamente en que se tenga en cuenta la edad de jubilación contemplada en las normas anteriores a dicha ley.

2.4.3. Caso concreto

Del título de esta providencia sobre hechos probados, se tiene que la señora Cecilia Ospina González empezó a trabajar para el Departamento del Tolima, en calidad de docente oficial, el 27 de enero de 1966, de manera que, para la época de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, esto es, el 13 de febrero de la misma anualidad, contaba con 19 años y 17 días de servicios¹².

Entonces, es claro que se encontraba cobijada por la primera parte del párrafo 2 del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, es decir, que por haber cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio tenía derecho a que se le respetara la edad pensional prevista en la norma anterior a la vigencia de la Ley 33 de 1985.

Sin embargo, se debe indicar que el beneficio que contempla el mentado régimen de transición recae en la edad, es decir, que los demás aspectos serán regulados conforme a la Ley 33 de 1985, norma vigente al momento de adquisición del estatus pensional, lo anterior, teniendo en cuenta que fue el mismo legislador el que dispuso la forma como se aplicarían los beneficios allí previstos.

Así las cosas, se tiene que el tiempo de servicios, el monto y el ingreso base de liquidación, serán los contenidos en la Ley 33 de 1985, por las razones antepuestas en el marco normativo de este fallo.

Ahora bien, del contenido del acto administrativo que reliquidó la pensión de jubilación de la demandante¹³ se desprende que la cuantía de la prestación se estableció con el 75% de la asignación básica, devengada durante el año anterior al retiro definitivo del servicio transcurrido entre el 09 de septiembre de 2001 y el 08 de septiembre de 2002.

De lo anterior, se logra concluir que el reajuste pensional realizada por la entidad demandada se ciñe a los lineamientos fijados en la Ley 33 de 1985, frente a la tasa de reemplazo (75%) y al promedio de lo devengado en el último año de servicio, tal y como lo dispone la norma.

Así, se procederá a verificar si los factores solicitados por la demandante se encuentran enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, y en caso afirmativo, la administración estará obligada a realizar los descuentos para el régimen de seguridad social; sin embargo, no se ahondará acerca si la demandante realizó aportes basados en rubros distintos a los taxativos, pues, ello no fue abordado en la demanda.

¹² Páginas 42 a la 43 del 01CuadernoPrincipal del expediente digital.

¹³ Páginas 8 a la 11 del 01CuadernoPrincipal del expediente digital.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 del mismo año, los factores de cotización, y por ende de liquidación pensional, son los siguientes:

- Asignación básica;
- Gastos de representación;
- Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación;
- Dominicales y feriados;
- Horas extras;
- Bonificación por servicios prestados;
- Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio

Conforme al certificado de salarios¹⁴ emitido por el empleador de la demandante las contraprestaciones devengadas por aquella, el año inmediatamente anterior al retiro del servicio, es decir, desde el 08 de septiembre de 2001 y el 08 de septiembre de 2002, fueron:

- Sueldo
- Prima de navidad
- Prima de vacaciones

Conforme a lo anterior, quedó demostrado que el único factor que fue percibido por la demandante y que se encuentra enlistado en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 del mismo año, fue el salario, sobre el cual se realizó el último reajuste de la prestación, tal y como se evidencia en la Resolución 683 del 13 de mayo de 2003 (páginas 8 a la 11 del 01cuadernoprincipal del expediente digital).

En consecuencia, la Sala encuentra ajustados a derecho los actos administrativos acusados en cuanto a que la demandante no tiene derecho a la reliquidación pensional incluyendo los factores solicitados y devengados durante el último año de servicios, como quiera que no se encuentran enlistados en la Ley 62 de 1985 que modifica el artículo 3 de la Ley 33 del mismo año; por tanto, se confirmará la decisión de primera instancia.

Fuera de lo expuesto, y en atención a que la parte recurrente citó algunas decisiones de esta Corporación respecto a la interpretación de la transición de la Ley 33 de 1985, emitidas antes de esta sentencia, la Sala advierte que cambió su posición respecto al particular¹⁵, toda vez que, como quedó plasmado líneas atrás, la literalidad del parágrafo 2 del artículo 1 de la mentada ley, no ofrece duda en cuanto a que el beneficio de la transición se refiere **solamente** al requisito de la edad, pues, en lo demás se aplica el referido régimen pensional.

2.5. Decisión de segunda instancia

Por las razones que anteceden, se confirmará la sentencia proferida el 05 de octubre de 2021 por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Ibagué, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

2.6. Costas y agencias del derecho

Conforme al artículo 188 del CPACA, se condenará en costas a la parte demandante y a favor de la entidad demandada, en virtud a que quedó establecido que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso.

¹⁴ Página 44 del 01CuadernoPrincipal del expediente digital.

¹⁵ Entre otras: Sentencia del diez (10) de diciembre del año dos mil veinte (2020). Expediente: 73001-33-33-006-2017-00348-01. Demandante: Efrén Pérez Gálvez. Demandado: UGPP.

Se fijarán las agencias en derecho a favor de la parte demandada y a cargo de la demandante, en la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

2.7. Otras consideraciones

Advierte la Sala que, dada la situación actual de emergencia sanitaria generada por el COVID-19 la presente providencia será estudiada y aprobada mediante la utilización de medios electrónicos, en cumplimiento a las directrices del Gobierno Nacional y del Consejo Superior de la Judicatura -distanciamiento social aislamiento, trabajo en casa, uso de medios electrónicos-, para evitar la propagación de los efectos adversos de este virus.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Oralidad del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 05 de octubre de 2021 por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Ibagué, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante, conforme lo preceptuado en el artículo 188 del CPACA, para lo cual se fija el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, como agencias en derecho. Por Secretaría líquídense.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase al Juzgado de origen, y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "SAMAI".

Notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada en Sala a través del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

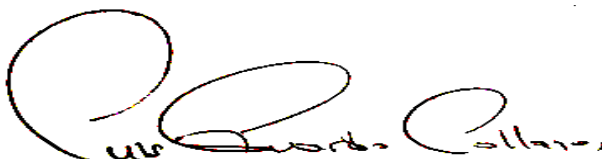
Los Magistrados,



JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA



CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ



LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA