

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA

Ibagué, 17 de febrero de dos mil veintidós (2022).

RADICACIÓN: 73001-33-33-008-2019-00194-01
Nº INTERNO: 00194/2019
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAFAEL NÚÑEZ VERA
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA - FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES
REFERENCIA: APELACIÓN SENTENCIA

Procede la Sala¹, a resolver el recurso de alzada interpuesto por la parte demandada contra la **Sentencia del 18 de diciembre de 2019**, proferida por el **Juzgado Octavo Oral Administrativo del Circuito de Ibagué**, dentro del proceso promovido por **Rafael Núñez Vera** contra el **Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones**, que accedió a las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES.

La demanda.

Mediante apoderado, el señor Rafael Núñez Vera, y en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento de derecho, consagrado en el artículo 138 del C. de P. A. y de lo C. A., pretende se declare la nulidad del acto administrativo contenido en **i.** la **Resolución No. 9130 del 11 de octubre de 2017**, “*Por medio de la cual se resuelve Derecho de Petición de reliquidación pensional*” expedida por la Secretaría Administrativa y la Dirección del Fondo Territorial de Pensiones (Fls. 24 a 27 documento 002_ ANEXOS, expediente digital), **ii.** **Resolución No. 9807 del 06 de diciembre de 2017** “*Por medio de la cual se resuelve un Recurso de Reposición Resolución 9130 del 11 de octubre de 2017*” expedida por la Secretaría Administrativa y la Dirección del Fondo Territorial de Pensiones (Fls. 34 a 36 documento 002_ ANEXOS, expediente digital); **iii.** la **Resolución No. 069 del 17 de abril de 2018** “*Por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación contra la Resolución No 9130 de 2017 proferida por la Dirección del Fondo Territorial de Pensiones*”, expedida por el Gobernador del Tolima (Fls. 37 a 42 documento 002_ ANEXOS, expediente digital), por las cuales se

¹ Atendiendo las pautas establecidas desde el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, mediante el cual se imparten instrucciones en virtud del “**Estado de Emergencia económica, social y ecológico**” decretado en el territorio nacional, y con fundamento en los estragos de la pavorosa plaga clasificada como SARS-CoV-2 por las autoridades sanitarias mundiales de la OMS, causante de lo que se conoce como la enfermedad del Covid-19 o popularmente “*coronavirus*”; y el Acuerdo PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante la cual se tomaron medidas por motivos de salubridad pública, **la presente providencia fue discutida, aprobada y firmada por la Sala a través de correo electrónico y se notifica a las partes por el mismo medio.**

negó la reliquidación de su pensión a la actora, incluyendo la totalidad de factores salariales y los aportes patronales y laborales devengados durante el último año de servicio.

Como consecuencia de ello, solicita:

Declarar que el señor Rafael Núñez Vera como beneficiario de la pensión de sobreviviente de la señora Ana Lucía Sánchez Palma (Q.E.P.D), tiene derecho a que el Departamento del Tolima – Dirección Fondo Territorial de Pensiones reliquide y pague pensión de jubilación, incluyendo todos los factores salariales que devengó durante el año inmediatamente anterior al retiro definitivo del servicio de la que es titular la parte actora en su condición de sobreviviente.

Se condene a título de restablecimiento del derecho al Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones, ordenando:

1. El reconocimiento, reliquidación y pago de la pensión de jubilación al actor Rafael Núñez Vera, de la que es titular en su condición de sobreviviente, tomando para ello no solo la última asignación básica devengada por la señora Ana Lucía Sánchez Palma (Q.E.P.D), sino también incluyendo todos los haberes devengados, tales como la prima de navidad, prima de alimentos, auxilio de transporte, la prima de vacaciones y demás factores percibidos el último año de servicios.
2. 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.
3. En caso de ordenar descontar los aportes devengados y no cotizados a la caja de previsión social, sede también a la aplicación de la prescripción de que trata el art 488 del Código Sustantivo del Trabajo, por los últimos tres años, por ser prestaciones sociales de carácter económico.
4. Que sobre las sumas adeudadas se indexe los valores causales tomados como cómputo del IBL a valor real y presente de manera previa al trámite del punto uno.
5. Reconocer y pagar los intereses comerciales y moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, según lo previsto en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.
6. Liquidar la nueva mesada pensional y en consecuencia liquidar 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 IPC año a año y mes a mes, en una regresión compuesta para llegar a concluir el monto total y final de la pensión.
7. Cumplir la sentencia dentro del término establecido por el artículo 192 del C. de P. A. y de lo C. A.
8. El pago de las costas y agencias en derecho.

Fundamentos fácticos.

En forma sucinta, el apoderado de la parte demandante expuso los siguientes hechos (Fls. 4 documento 001_ DEMANDA, expediente digital):

a) El actor menciona que la señora Ana Lucía Sánchez Palma (Q.E.P.D), nació el 16 de marzo de 1933 y murió el 11 de octubre de 2015, prestó sus servicios desde el 11 de febrero de 1954 al 31 de diciembre de 1978, de manera interrumpida como docente.

b) La señora Ana Lucía Sánchez Palma (Q.E.P.D) fue pensionada por la Caja de Previsión Social del Tolima, mediante la Resolución 515 del 29 de mayo de 1979.

Normas violadas y concepto de la violación.

A juicio del apoderado de la parte actora, se trasgredieron los artículos 23, 29, 48, 53, 58, 150, 209 y 289 de la Constitución Política; ley 62 de 1945; Ley 33 de 1985; Decreto 1045 de 1978; Ley 100 de 1993, artículo 36; Ley 6 de 1946; Decreto 3135 de 1968 y Decreto 3752 de 2003.

En lo referente al **concepto de la violación**, alega que la parte demandada está quebrantando el ordenamiento jurídico al denegar la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora Ana Lucía Sánchez Palma (Q.E.P.D), por lo que el señor Rafael Álvarez Vera es titular por sobreviviente, inaplicó el régimen de transición de que trata la ley debiéndose reconocer la pensión ordinaria en cuanto a los factores salariales que conforman la base para su liquidación.

La Oposición - Contestación de la demanda.

Corrido el traslado de la demanda, de conformidad con lo ordenado mediante auto interlocutorio del 17 de noviembre de 2020 (Fls. 1 a 3 documento 006_ AUTO QUE ORDENA CORRER TRASLADO PARA ALEGAR, expediente digital), el cual era de 30 días, tal y como lo dispone el artículo 172 del C. de P. A y de lo C. A., la entidad demandada presentó los siguientes argumentos:

El Departamento del Tolima.

Mediante apoderada (Fls. 78-81 documento 003_ CUADERNO PRINCIPAL, expediente digital), se opuso a las pretensiones contenidas en la demanda, con base a que la Caja de Previsión Social del Tolima, dentro del término legal y ajustado a la ordenanza 57 de 1966 reconoció pensión mediante Resolución No. 515 del 29 de mayo de 1979 a la señora Ana Lucía Sánchez Palma (Q.E.P.D) mediante resolución No. 0591 del 08 de junio de 1999 mediante el cual reliquidó la pensión de jubilación de acuerdo a lo ordenado en la ley 71 de 1988, teniendo en cuenta lo anterior, el señor Rafael Núñez Vera mediante Resolución No. 1754 de 27 de julio de 2016 se le reconoció el 100% de la pensión de sobreviviente, no puede exigir la reliquidación y la inclusión de los factores salariales diferentes a los que aportó, teniendo en cuenta que la norma en la cual se fundamentó para el reconocimiento de su pensión, la ordenanza 57 de 1966, fue declarada nula por el Tribunal Administrativo del Tolima, decisión confirmada por el Consejo de Estado el 29 de noviembre de 1993, no puede pretender que se realice un análisis de legalidad bajo el fundamento de la ley 6 de 1945, ley 33 de 1985, ley 4 de 1966, ley 1045 de 1978, pretender su incremento como la inclusión de los factores salariales a los cuales no tiene derecho.

Excepciona frente a lo pretendido, alegando

i. falta de presupuestos sustanciales previstos en la ley para invocar reliquidación de la pensión, debido a que el demandante le fue liquidada de conformidad con la normatividad ni posteriormente cuando se le reliquidó con los factores salariales que se debían tener en cuenta en su momento, **ii. Imposibilidad del departamento para acceder a lo pretendido por inaplicación de las normas**, no da lugar a la aplicación de las normas invocadas por la parte actora debido a que los factores salariales tenidos en cuenta a la hora de liquidar fueron los reconocidos a la señora

Ana Lucía Sánchez Palma (Q.E.P.D), **iii. Cobro de lo no debido**, la parte actora no tiene derecho a reclamar lo pretendido ya que no reúne los requisitos necesarios para la reliquidación de la pensión y que los factores salariales que se le incluyeron fueron de acuerdo a la normatividad vigente.

La sentencia apelada.

El **Juzgado Octavo Oral Administrativo del Circuito de Ibagué, en sentencia proferida el 18 de diciembre de 2020**, (Fls. 1 a 12 documento 011_ SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA, expediente digital) accedió a las pretensiones de la demanda, al considerar que la señora Ana Lucía Sánchez Palma (Q.E.P.D) se le reconoció la pensión de jubilación con fundamento en el artículo 25 de la ordenanza 057 de 1966 que fue anulada por el Tribunal administrativo confirmada por el H. Consejo de Estado en sentencia del 29 de noviembre de 1993 resaltando que a pesar de que la ordenanza se reglaron unos requisitos especiales sigue siendo de carácter ordinaria, además que fue reconocida antes de la vigencia de la ley 33 de 1985, la misma se debe regir por la ley 6 de 1945 y los factores salariales establecidos en la ley 1045 de 1978 de acuerdo a lo anterior, el ingreso base de liquidación de la pensión a reconocer de la señora Ana Lucía Sánchez Palma (Q.E.P.D), que hoy percibe el señor Rafael Núñez Vera por sustitución, debía ser liquidada tomando como base el 75% del promedio mensual de la totalidad de los factores salariales establecidos en el artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978 percibidos en el último año de servicios.

Es por tal razón que accedió a la reliquidación de la pensión ordenando a la entidad reliquidar la pensión de la señora Ana Lucía Sánchez Palma (Q.E.P.D), que hoy percibe el señor Rafael Núñez Vera por sustitución en cuantía del 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicios, con la inclusión de los factores salariales del Decreto 1045 de 1978.

La apelación.

La apoderada judicial del Departamento del Tolima (Fls. 1 a 5 documento 014_ RECURSO DE APELACIÓN DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, expediente digital) manifestó que, de acuerdo al acto de reconocimiento, que se expidió bajo la ordenanza 057 de la señora Ana Lucía Sánchez Palma (Q.E.P.D), que hoy en día recibe el señor Rafael Núñez Vera por sustitución, fue liquidada ajustada a derecho debido a que se reconocieron los factores salariales establecidos por la ley durante el último año de servicios de los cuales aportó.

Señaló que en dado caso que, si se reliquidara la pensión de acuerdo a como lo dicta el juez, se estaría transgrediendo el régimen de transición ya que la forma de liquidar bajo la ordenanza 057 es muy diferente a lo reglado en la ley 6 de 1945 con todos los factores salariales establecidos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 por lo tanto, no resulta pertinente reliquidar la pensión de jubilación debido a que la parte actora quiere adquirir ciertos beneficios adicionales de los cuales no tiene derecho y que se configuraría a la violación de igualdad de trato de los demás pensionados.

Además, señaló que no se está desconociendo el principio de favorabilidad debido a que la norma aplicable a la hora de liquidar su pensión a pesar de estar derogada, se le tuvo en cuenta, por lo cual, no existe vulneración de los derechos pensionales que adquirió la señora Ana Lucía Sánchez Palma (Q.E.P.D).

Por tal razón solicitó se revoque la sentencia y en su lugar se denieguen las pretensiones de la demanda.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto interlocutorio del 26 de marzo de 2021 (documento 016_AUTO ADMITE APELACIÓN, expediente digital), se admitió el recurso de apelación conforme el artículo 243 de la ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 62 de la ley 2080 de 2021, y por lo tanto se ordenó que, una vez ejecutoriada la providencia, ingresara el proceso para proferir sentencia.

Alegatos de conclusión de las partes y del agente del ministerio público.

Parte demandante.

La parte demandante menciona que exige la reliquidación de su pensión de acuerdo a lo fundamentado en la ley 6 de 1945, ley 33 y 62 de 1985, decreto 1045 de 1978 artículo 45 que regulan la pensión ordinaria y no en lo fundamentado en la ordenanza 057 de 1966.

De la parte demandada.

La parte demandada no presentó alegatos.

Del Ministerio Público.

La Agente del Ministerio Público no emitió concepto de fondo.

Así las cosas, no encontrándose nulidad que invalide lo actuado pasa la Sala a pronunciarse de fondo en esta instancia.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La competencia.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 153 y 243 del C. de P. A y de lo C. A., es competente el Tribunal Administrativo del Tolima para resolver el recurso de alzada interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia de primera instancia, proferida por un Juez del Circuito Administrativo de Ibagué.

Considera la Sala que el medio de control de Nulidad y restablecimiento del derecho instaurado (artículo 138, C. de P.A. y de lo C.A.) es el procedente, toda vez que por esta vía se pretende el resarcimiento patrimonial del presunto daño irrogado a la parte actora derivado de un acto administrativo supuestamente dictado en contravía de la legalidad, el cual se le imputa a la entidad demandada.

Problema jurídico.

En virtud de lo expuesto, la sala entrará a analizar si el fallo de primera instancia se ciñe a derecho, y en consecuencia el demandante Rafael Núñez Vera tiene derecho a la reliquidación de la pensión de sobreviviente que percibe con ocasión al deceso de la docente oficial Ana Lucía Sánchez Palma (Q.E.P.D.) y que fuera reconocida con fundamento en la ordenanza 057 de 1966, con inclusión de los factores salariales (prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad en el último año de servicio y que no se le tuvieron en cuenta para la cuantificación de la mencionada

reliquidación, lo que implica el incremento de la mesada, con los acrecimientos que se causen durante el proceso y hasta que se haga efectiva la sentencia.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala pone de presente las siguientes precisiones:

En la apelación no se advierte contradicción con los hechos que dieron lugar al acto pensional; por lo tanto, no es objeto de cuestionamiento, que a través de la **i. Resolución No. 515 del 29 de mayo de 1979** (fls. 43 a 44 documento 002_ ANEXOS, expediente digital), la Secretaría de Educación del Tolima (hoy Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones), actuando de acuerdo con el artículo 25 de la Ordenanza 057 de 1966 de la Asamblea Departamental del Tolima, le reconoció a Ana Lucía Sánchez Palma Q.E.P.D), la pensión de jubilación; **ii. Resolución No. 0591 del 8 de junio de 1999** (fls. 35 documento 011_ SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA, expediente digital), la Secretaria Administrativa del Fondo Territorial de Pensiones, reliquidó la pensión de jubilación de la señora Ana Lucía Sánchez Palma (Q.E.P.D), teniendo en cuenta el promedio mensual de los sueldos devengados durante el último año de servicio; **iii.** el día 21 de enero del 2002, mediante apoderado, la actora solicitó a la Secretaria Administrativa del Fondo Territorial de Pensiones, la revisión y reliquidación de la pensión de jubilación para la inclusión de los factores salariales presentada en por la señora Ana Lucía Sánchez Palma (Q.E.P.D) (fls. 99 a 101 documento 004_ EXPEDIENTE, expediente digital). Petición que fue resuelta de manera negativa, mediante **iv.** la **Resolución 01122 del 08 de agosto de 2003**, “*Por medio de la cual se resuelve Derecho de Petición de reliquidación pensional*” expedida por la Secretaría Administrativa y la Dirección del Fondo Territorial de Pensiones (Fls. 96 a 98 documento 004_ EXPEDIENTE, expediente digital), **v.** el día 22 de agosto de 2003, mediante apoderado interpuso recurso de apelación “*contra la Resolución No 01122 de 2003 proferida por la Dirección del Fondo Territorial de Pensiones*” **vi. Resolución 0493 del 30 de agosto de 2006** “*Por medio de la cual se resuelve un Recurso de apelación contra Resolución 01122 del 08 de agosto de 2003*” expedida por la Secretaría Administrativa y la Dirección del Fondo Territorial de Pensiones (Fls. 102 a 106 documento 004_ EXPEDIENTE, expediente digital); **vii.** Que la pensionada Ana Lucía Sánchez Palma (Q.E.P.D.) falleció el 11 de octubre de 2015 (Fls. 108 documento 004_ EXPEDIENTE, expediente digital), **viii. Resolución No. 1754 del 27 de julio de 2016** “*Por medio de la cual se resuelve sustituir la pensión que disfrutaba la señora Ana Lucía Sánchez Palma a favor del señor Rafael Núñez Vera en calidad de compañero permanente proferida por la Dirección del Fondo Territorial de Pensiones*”, expedida por el Fondo Territorial de Pensiones (Fls. 104 a 111 documento 004_ EXPEDIENTE, expediente digital); **ix.** Que el día 20 de septiembre de 2017, mediante apoderado, el actor solicitó a la Secretaria Administrativa del Fondo Territorial de Pensiones, la reliquidación de la pensión de jubilación para la inclusión de los factores salariales devengados por la señora Ana Lucía Sánchez Palma (Q.E.P.D) durante el último año de prestación del servicio (fls. 18 a 23 documento 002_ ANEXOS, expediente digital); **x. Resolución 9130 del 11 de octubre de 2017** “*Por medio de la cual se resuelve Derecho de Petición de reliquidación pensional*” expedida por la Secretaría Administrativa y la Dirección del Fondo Territorial de Pensiones (Fls. 24 a 27 documento 002_ ANEXOS, expediente digital); **xi.** el día 31 de octubre de 2017, mediante apoderado interpuso recurso reposición y en subsidio apelación “*Por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación contra la Resolución No 9130 de 2003 proferida por la Dirección del Fondo Territorial de Pensiones*” expedida por la Secretaría Administrativa y la Dirección del Fondo Territorial de Pensiones (Fls. 28 a 32 documento 002_ ANEXOS, expediente digital); **xii. Resolución 9807 del 6 de diciembre de 2017** “*Por medio de la cual se resuelve confirmar lo contenido en la Resolución No 9130 de 2003 proferida por la Dirección*

del Fondo Territorial de Pensiones” (Fls. 34 a 36 documento 002_ANEXOS, expediente digital).

La comparecencia del Departamento del Tolima en los conflictos suscitados con ocasión de las funciones asignadas al Fondo Territorial de Pensiones.

El Fondo Territorial de Pensiones del Tolima fue creado por la Ordenanza Departamental No. 034 de 30 de junio de 1995 y con fundamento en ella, se expidió el Decreto No. 713 del mismo año como una cuenta especial, sin personería jurídica, adscrita al Departamento a través a la Secretaría Administrativa de la Gobernación, es decir, que esa entidad no puede comparecer a juicio, conforme al artículo 159 del C. de P.A. y de lo C.A.

Por su parte el artículo 159 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por su parte, establece:

“TÍTULO V.

DEMANDA Y PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

CAPÍTULO I.

CAPACIDAD, REPRESENTACIÓN Y DERECHO DE POSTULACIÓN.

ARTÍCULO 159. CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN. *Las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados.*

La entidad, órgano u organismo estatal estará representada, para efectos judiciales, por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República o Fiscal General de la Nación o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.

(...)

Las entidades y órganos que conforman el sector central de las administraciones del nivel territorial están representadas por el respectivo gobernador o alcalde distrital o municipal. En los procesos originados en la actividad de los órganos de control del nivel territorial, la representación judicial corresponderá al respectivo personero o contralor. ”.

Como la personería jurídica² supone la existencia de capacidad suficiente para ejercer derechos, contraer obligaciones y realizar actividades que generan plena responsabilidad jurídica, frente a sí mismos y frente a terceros, es palmario que cuando la normatividad no le otorga dicha personalidad al Fondo, está definiendo, así mismo, que la representación de dicha función pública la deben ejercer otros entes a los cuales estén relacionados; para el caso concreto, el Departamento del Tolima por expresa disposición legal.

Así que en esta clase de asuntos resulta imperioso vincular al Departamento del Tolima, quien maneja la cuenta especial adscrita al Fondo Territorial de Pensiones;

² El artículo 633 del Código Civil, denomina a la persona jurídica “una persona ficticia, capaz de ejercer derechos, contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”, esto es, no son personas jurídicas todos los órganos del Estado, y en el caso de marras, así cumpla funciones estatales el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por ser apenas una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, pero sin personería jurídica; debe comparecer a juicio a través del Ministerio de Educación Nacional que es el Ministerio al cual está adscrita la función encomendada para manejar sus recursos.

pues la pretensión va dirigida contra dicho Fondo y quien tiene su manejo es el Departamento del Tolima.

Jurisprudencia en materia laboral, relativa al derecho a la reliquidación pensional de jubilación reconocida en vigencia de la Ordenanza 057 de 1966 expedida por la Asamblea Departamental del Tolima.

Con respecto a las pensiones de jubilación reconocidas con base en la ordenanza 057 de 1966 expedida por la Asamblea Departamental del Tolima, fue declarada nula mediante sentencia del 29 de noviembre de 1993, con ponencia del Dr. Álvaro Lacompote Luna que consigna:

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, por lo tanto, en esta ordenanza no se trata de una régimen pensional especial sino que estableció unas requisitos especiales para los maestros del departamento del Tolima por lo que se debe tratar como una pensión ordinaria. la Sala estima indispensable dejar en claro que el anterior pronunciamiento no afecta pensiones hasta ahora reconocidas".

De acuerdo a lo anterior, a la señora **Ana Lucía Sánchez Palma** (Q.E.P.D) a pesar de que se le reconoció su derecho de pensión en virtud de la ordenanza de 057 de 1966 ya que cumplió con las condiciones especiales establecidas en dicha ordenanza, no le resta el carácter de ordinaria a dicha pensión.

La jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante sentencia del 1 de junio de 2012, Radicación: 73-001-33-31-005-2007-00103-01, Consejera Ponente: Susana Nelly Acosta Prada que consigna:

En la sentencia del 2 de junio de 2012³, la Subsección "B" de la Sección Segunda negó la reliquidación de la pensión de un docente nacionalizado su pensión de jubilación a quien le había sido reconocida con base en el artículo 25 de la Ordenanza 057 de 1966, porque no podría aplicarse el marco legal para ese efecto. Dijo la Corporación: "si bien es cierto una vez declarada la nulidad de la Ordenanza en virtud de la cual se adquirió el derecho, se respetaron las pensiones que habían sido reconocidas bajo su vigencia, ello no quiere decir que habiendo desaparecido del mundo jurídico el fundamento de la misma, ahora pretenderse su incremento, así como tampoco la inclusión de factores salariales (...).

En estas condiciones mal podría la Sala reconocer un emolumento con base en una norma que ya fue declarada nula. La ordenanza no le sirve de fundamento a la parte actora en el sustento de sus pretensiones. La administración en el acto administrativo demandado negó el derecho a la peticionaria, entre otros, bajo el argumento de que la liquidación pensional se efectuó con fundamento en la Ordenanza 57 de 1966.

La misma Subsección, al resolver un asunto con los mismos supuestos fácticos en sentencia de 18 de febrero de 2010⁴, consideró que a pesar de que la pensión ha sido reconocida en los términos de la Ordenanza 057 de 1966, para efectos de su

³ Radicación No. 73001333100520070010301 (2012), CP Susana Nelly Acosta Prada. Actor Olga Eva Cleves de Segura Demandado: Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones.

⁴ Radicación No. 73001233100020040250901 (1874-2007), CP. Gerardo Arenas Monsalve. Actor: Ana Lindelia Valderrama Parra. Demandado: Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones.

reliquidación se sujeta a las normas que regulan la pensión ordinaria de jubilación de los docentes. señala:

“La actora fue pensionada al cumplir el requisito “tiempo de servicio” que la Ordenanza 057 de 1966 estableció, pero esta sola circunstancia no le otorga el carácter de especial al derecho pensional que en todo caso está sujeto a las normas que regulan la pensión ordinaria de jubilación de los docentes, en cuanto a factores que conforman la base liquidatoria.

Sobre este punto y como la actora fue pensionada bajo la vigencia de la Ley 33 de 1985, ha de precisarse que la normatividad aplicable para determinar la base liquidatoria, es la Ley 62 de 1985 (...)

“Frente a la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación la sala menciona que no se comparten los argumentos consignados en la providencia recurrida sobre la imposibilidad de petitionar esta reliquidación y el reajuste del derecho pensional por haberle sido reconocida en virtud de la Ordenanza 057 de 1966 debido a que la pensión fue reconocida bajo unas reglas especiales, pero esto no quiere decir que le quitan la singularidad de ordinaria a dicha pensión de jubilación. (...)” (Subrayas y negrilla de la Sala).

En la de la Sección Cuarta en sentencias de tutela como la del 10 de mayo de 2018, Radicación: 11001-03-15-000-2017-01222-01(AC), Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO que consigna:

4.2.1. Las dos tesis de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

En la sentencia del 7 de junio de 2007⁵, la Subsección “B” de la Sección Segunda negó la reliquidación de la pensión de un docente del magisterio del Tolima a quien le había sido reconocida con base en la Ordenanza 057 de 1966, porque no podría aplicarse el marco legal para ese efecto. Dijo la Corporación:

“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 (...). Hace referencia a que el demandante no le sirve de sustento la ordenanza.

En ese orden de ideas, el fallo del 18 de febrero de 2010, dictado por la Sección Segunda, Subsección “B” de esta Corporación, clarificó que la reliquidación de esas pensiones, debe hacerse teniendo en cuenta las leyes que regulan la pensión ordinaria de jubilación de los docentes.

Con base en las razones expuestas, es claro que la autoridad judicial demandada no vulneró los derechos fundamentales de los actores por las tesis expuestas anteriormente del H. Consejo de Estado y las decisiones del mismo Tribunal Administrativo del Tolima que, en casos iguales y con apego a esa tesis, habían negado la reliquidación.

4.2.2. En el caso concreto existe violación directa de la Constitución por no aplicarse el principio de favorabilidad en materia laboral (art. 53 Superior. Reiteración de jurisprudencial del Consejo de Estado como Juez Constitucional)

Una de las razones concretas en la cual se evidencia la violación directa de la

⁵ Referencia No. 730012331000200003669 01(4016-2005). CP. Alejandro Ordóñez Maldonado. Actor: Daniel Molano Rengifo. Demandado: Departamento del Tolima- Fondo Territorial de Pensiones.

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 recalcado que al existir dos disposiciones legales contrarias por razonables a un mismo asunto, el H. Consejo de Estado, órgano de cierres 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 incurrir en violación directa del artículo 53 de la Constitución Política⁶.

Referente 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 sea más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho. el principio de favorabilidad opera en caso “de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho” (art. 53 C.N.), por lo tanto, cuando una norma laboral admita dos o más interpretaciones razonables, el intérprete debe elegir la que más le favorezca al trabajador. De no hacerlo, incurriría en violación directa de la Constitución.

De acuerdo a lo anterior, se observa que de las dos interpretaciones posibles frente a la reliquidación de las pensiones originadas en la Ordenanza 057 de 1966, una defendida por la sentencia del 7 de junio de 2007 y la otra por 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. A lo anterior se suma que, el precedente constitucional en vigor es vinculante para todos los funcionarios judiciales, con el propósito de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos y la igualdad en la aplicación de la ley.

Caso concreto.

Del reconocimiento pensional otorgado a la accionante bajo la ordenanza 057 de 1966 y procedencia de la reliquidación pensional.

Conforme al caudal probatorio obrante en el expediente, avizora la Sala que mediante acto administrativo contenido en la Resolución No. **515 del 29 de mayo de 1979** (fls. 43 a 44 documento 002_ ANEXOS, expediente digital), la Secretaría de Educación del Tolima (hoy Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones), actuando de acuerdo con el artículo 25 de la Ordenanza 057 de 1966 de la Asamblea Departamental del Tolima, le reconoció a Ana Lucía Sánchez Palma (Q.E.P.D), la pensión de jubilación; y mediante la **Resolución No. 0591 del 8 de junio de 1999** (fls. 35 documento 011_ SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA, expediente digital), la Secretaria Administrativa de la Gobernación del Tolima, reliquidó la pensión de jubilación de la señora Ana Lucía Sánchez Palma (Q.E.P.D), teniendo en cuenta el

⁶ En el caso que revisó la Corte Constitucional en sentencia T-783 de 2014, que mutatis mutandis aplica para el presente asunto, dijo que si bien el Tribunal Administrativo del Cauca no incurrió en desconocimiento de precedente judicial, al no existir un criterio unificado de la Sección Segunda del Consejo de Estado frente al tema de la prescripción para reclamar la prima de actualización, sí incurrió en violación directa de la Constitución, vulneración del artículo 53 Superior, cuando optó por el criterio menos favorable para definir el derecho pretendido por el demandante.

promedio mensual de los sueldos devengados durante el último año de servicio, siendo menester para la Sala desplegar el análisis que legalmente corresponde al asunto en estudio.

Al respecto la ordenanza 057 de 1966, expedida por la Asamblea Departamental del Tolima fue declarada nula por el Tribunal Administrativo del Tolima, decisión que fue confirmada por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 29 de noviembre de 1993⁷, no afectó la pensión de jubilación ya reconocida a la señora Ana Lucía Sánchez Palma (Q.E.P.D), que por medio de una pensión de sustitución que se le reconoció el 100 % en calidad de compañero permanente al señor Rafael Núñez Vera el cual es titular, por cuanto quedó convalidada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, que saneó las prestaciones pensionales que habían sido otorgadas con base en regulaciones locales, a pesar que es una competencia del legislador, en coordinación con el Ejecutivo Nacional.

Así pues, y 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 puede inferir que no es posible acceder a la solicitud de reliquidación pensional que se fundamentó bajo la ordenanza 057 la cual fue retirada del ordenamiento jurídico; atendiendo los lineamientos trazados por el Órgano de cierre jurisdiccional en reiterados pronunciamientos tutelares, según la cual entre las disposiciones adoptadas por el Honorable Consejo de Estado, esta Corporación debe acoger aquella que resulte más beneficiosa y favorable para el trabajador.

Frente a la tesis más favorable se ha de traer a colación lo establecido por el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B, Consejero Ponente Dr. Ponente Gerardo Arenas Monsalve, en sentencia del 18 de febrero de 2010, transcrita anteriormente, y cuya parte pertinente se reitera:

“La actora fue pensionada al cumplir el requisito “tiempo de servicio” que la Ordenanza 057 de 1966 estableció, pero esta sola circunstancia no le otorga el carácter de especial al derecho pensional que en todo caso está sujeto a las normas que regulan la pensión ordinaria de jubilación de los docentes, en cuanto a factores que conforman la base liquidatoria.

Sobre este punto y como la actora fue pensionada bajo la vigencia de la Ley 33 de 1985, ha de precisarse que la normatividad aplicable para determinar la base liquidatoria, es la Ley 62 de 1985 (...)

Frente a la solicitud de reliquidación de la mesada pensional menciona que la sala no comparten los argumentos consignados en la providencia recurrida sobre la imposibilidad de petitionar esta reliquidación y el reajuste del derecho pensional por haberle sido reconocida bajo la Ordenanza 057 de 1966 que finalmente fue anulada por la autoridad administrativa, porque, a pesar de que el reconocimiento se dio bajo los requisitos especiales establecidos en la ordenanza 057 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. Distinto sería que se solicitara la aplicación del acto departamental que consagró requisitos especiales, pues en este evento, no habría lugar a acceder a ello, por el tantas veces citado argumento, de que solo el Congreso es el autorizado constitucionalmente para fijar el régimen prestacional y salarial de los empleados públicos (...)” (Subrayas

⁷ M.P. Álvaro Lecomte Luna, exp. No. 5579.

y negrilla originales).

Frente a este aspecto y como existe línea consolidada de este tribunal sobre casos similares al hoy estudiado, se transcribe lo consignado en la sentencia del veinticuatro (24) de mayo de dos mil dieciocho (2018), medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, radicación No. 73001-33-33-006-2015-00297-01, Interno: No. 00608-2017, Demandante: María Hubiter Muñoz de Escobar contra el Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones, que se cita *in extenso*, como sigue:

En síntesis, se tiene que el Honorable Consejo de Estado precisó que la prestación vitalicia instituida en la Ordenanza 057 de 1966 ostenta la naturaleza propia de la pensión ordinaria de jubilación, toda vez que, si bien no estableció unos requisitos idénticos a los señalados en las disposiciones legales vigentes que regulaban el régimen general, estos carecían de la virtualidad de tornarla en especial, criterio que ha sido adoptado por la misma corporación en reiterados fallos tutelares⁸, ante la inexistencia de un fallo unificador con respecto a la temática, esto, en virtud de lo preceptuado en el artículo 53 de la Constitución Política.

De acuerdo a lo anterior, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en sentencia de tutela del 29 de noviembre de 2017, C. P. Doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez⁹, en la que señaló que "el hecho de que estos docentes del departamento por virtud del artículo 25 de la Ordenanza 57 pudieran acceder a la pensión de jubilación ordinaria en una forma más ventajosa que los demás servidores públicos... solo significa que se trata de una pensión de jubilación con regulación especial, no de una pensión especial diferente a la de jubilación", la ordenanza "no creó una prestación especial sino que lo que hizo fue señalar unos requisitos especiales para el reconocimiento de la pensión de jubilación de los maestros". Concluimos que las pensiones de jubilación proferidas bajo la ordenanza se pueden someter a reliquidación siempre y cuando el beneficiario (a) no perciba otra pensión a la que le sea atribuible la misma connotación "ordinaria", esto en virtud de la incompatibilidad de la dualidad pensional bajo un mismo sustento legal.

(...)

Antes En esta Colegiatura había adoptado la postura de denegar la revisión y reliquidación de las pensiones de jubilación reconocidas a los docentes departamentales con fundamento en la Ordenanza 057 de 1966, por haberse tenido una prestación de carácter especial; bajo un extenso análisis e independencia judicial esta corporación de acuerdo a los valores, principios y garantías constitucionales tales como el principio de favorabilidad, y los precedentes judiciales sentados por el Honorable Consejo de Estado en reiterados pronunciamientos, determina modificar su criterio y proceder a efectuar el correspondiente estudio de la reliquidación pensional deprecada por el actor, bajo las previsiones normativas que regulan el reconocimiento de la pensión ordinaria de jubilación docente, por lo tanto, se debe verificar el cumplimiento de los requisitos para acceder a tal prestación siempre y cuando la demandante no perciba otra prestación vitalicia de la misma connotación ordinaria.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 13 de julio de 2017, radicación número 11001-03-15-000-2016-01958-00 C.P Dr. Gabriel Valbuena Hernández. Consejo de Estado, Sección Cuarta radicación, sentencia del 29 de noviembre de 2017, número 11001-03-15-000-2016-00971-01 C.P Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 06 de diciembre de 2017, radicación número 11001-03-15-000-2017-00973-01 C.P Dr. Julio Roberto Piza Rodríguez., entre otras.

⁹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 29 de noviembre de 2017, C. P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, radicado: 11001-03-15-000-2017-00971-01, actor: María Irma Ibagón Cardozo, Demandado: Tribunal Administrativo del Tolima.

Del Régimen Normativo y Jurisprudencial sobre la pensión ordinaria de jubilación de docentes aplicable a la accionante.

En razón a que según lo expuesto, a la prestación recibida por la señora Ana Lucía Sánchez Palma (Q.E.P.D), que por medio de una pensión de sustitución que se le reconoció el 100 % en calidad de compañero permanente al señor Rafael Núñez Vera el cual es titular, se le puede atribuir la connotación de ordinaria, esta sala considera que es procedente efectuar el correspondiente estudio de la reliquidación pensional deprecada en el presente medio de control, de conformidad con los preceptos normativos del régimen general aplicable al caso.

Teniendo en cuenta que la ordenanza 057 de 1966 fue declarada nula por la sentencia del 29 de noviembre de 1993, es necesario establecer que régimen pensional ordinario aplica en el caso en concreto, para sí determinar qué factores salariales se deben tener en cuenta en la reliquidación pensional.

En este punto, vale precisar que la jurisprudencia del alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo señaló que los docentes son empleados oficiales de régimen especial, lo que incluye el ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de estos servidores (art. 3º del Decreto 2277/79) pero, esto no quiere decir esta especialidad sea aplicable al régimen pensional debido que para los docentes no se establecieron requisitos específicos en cuanto a la edad, el tiempo de servicio, la cuantía y en las diferentes disposiciones generales¹⁰.

Del caudal probatorio que se extrajo dentro del expediente, se encuentra acreditado que la señora Ana Lucía Sánchez Palma (Q.E.P.D), nació el 16 de marzo de 1933¹¹, y prestó sus servicios como docente a orden del Departamento del Tolima – sector público desde el 11 de febrero de 1954, por lo tanto al 29 de mayo de 1979, fecha en que se reconoció su pensión de jubilación, supera los 22 años de servicio, por lo que la Caja de Previsión Social del Tolima le reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación, efectiva a partir del 8 de junio de 1999, fecha en la cual adquirió el derecho que instituía la Ordenanza 057 de 1966, sin embargo, y teniendo en cuenta que la misma se le atribuye la naturaleza de ordinaria, esta Corporación establecerá el régimen pensional vigente para la época en que demostró acreditar los requisitos legales del régimen general (edad y tiempo de servicio), el cual no es otro que el instituido en la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º preceptuó lo siguiente:

Artículo 1º de la Ley 33 de 1985, preceptuó:

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

A su turno, los parágrafos 2º y 3º del artículo en cita, con respecto al régimen de transición, expresamente señalan lo siguiente:

"Parágrafo 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda. sentencia del 10 de febrero de 2011. radicación No. 73001-23-31-000-2004-01598-01(0450-09). Consejero ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹¹ Según Cédula de Ciudadanía visible a folio 48, documento 002_ anexas, expediente digital.

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.

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 regían en el momento de su retiro.

Parágrafo 3°. 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." (Negrillas de la Sala).

Por otra parte, la señora Ana Lucía Sánchez Palma (Q.E.P.D), contaba con más de 22 años de servicio para el momento en que empezó a regir la Ley 33 de 1985, es decir al 13 de febrero de 1985, toda vez que se encuentra acreditado dentro de la foliatura que empezó a laborar a orden del Departamento del Tolima, el 11 de febrero de 1954¹², es decir, que había acreditado más de 15 años de servicio que exige la norma, por lo tanto, se encuentra inmersa en el régimen de transición del citado canon; lo que motiva que se le deba aplicar el régimen pensional anterior, en lo atinente a la edad, como lo indica el inciso 1°, Parágrafo 2°, artículo 1° de la citada normatividad¹³.

Como puede apreciarse, la Ley 33 de 1985 reprodujo la exigencia temporal contemplada en el artículo 68 del Decreto 1848 de 1969 para ser beneficiario de una pensión de jubilación, esto es, la acreditación de veinte (20) años de servicios y frente a la edad, unificó el requisito de los 55 años que, conforme al Decreto en mención, dicho límite era únicamente exigible para los hombres.

Al respecto es preciso acometer el caso conforme al precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, contenido en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019¹⁴ la cual en el numeral primero de la parte resolutive estableció:

Primero: *Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:*

De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial

¹² Según la resolución de reconocimiento, obrante a folio 43 a 44, documento 002_ ANEXOS, expediente digital.

¹³ El inciso 1' del parágrafo 2' del artículo 1 de la Ley 33 de 1985, señala: "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..."

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, Sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019, del 25 de abril de 2019, Expediente: 680012333000201500569-01, N.º Interno: 0935-2017, Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Demandante: Abadía Reynel Toloza, Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag-, Tema: Ingreso base de liquidación en el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio/Docentes exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social no son sujetos de la transición pensional. Su régimen es el previsto en la Ley 91 de 1989 / Docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003: Régimen de Prima Media del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 ídem y el Acto Legislativo 01 de 2005, Ley 1437 de 2011.

de cada docente, así:

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

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

Esta Sala concluye que, al desatar el recurso debe acoger la línea jurisprudencial que fijó el Consejo de Estado en la sentencia SUJ014 del 25 de abril de 2019, para lo cual se vislumbra que no es posible ordenar la reliquidación de la mesada pensional de la actora en los términos que esta lo solicitó y que ordenó el juez de primera instancia, pues los factores que pretendía se le incluyeran en la base liquidatoria no se encuentran previstos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 aplicable al derecho pensional.

Efectivamente, la Ley 62 de 1985, establece en su artículo primero:

ARTÍCULO 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes (Resalta la Sala).

Ahora bien, en la resolución 055 del 29 de mayo de 1979, expedida por la Secretaría de Educación del Tolima (hoy Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones) (fls. 43 a 44 documento 002_ ANEXOS, expediente digital), se observa que, en el año 1978, previo a su retiro del servicio, recibió sueldo, prima de navidad y asignación básica.

Entonces, de la lista de factores sobre los que se deben calcular los aportes para los docentes en los términos de las leyes 33 y 62 de 1985, en el caso particular de la demandante, solo podía incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación, la asignación básica.

En este orden de ideas, en la sentencia de unificación referenciada, el señor Rafael

Núñez Vera no tiene derecho a la reliquidación de pensión de jubilación ordinaria que recibió por sustitución en calidad de compañero permanente de la señora Ana Lucía Sánchez Palma (Q.E.P.D) al no comprobarse que hubiera efectuado las respectivas cotizaciones al sistema y que los factores salariales que se querían incluir los cuales estaban en el artículo 45 de la ley 1045 no son precedentes solo los que se encuentran establecidos en la ley 62 de 1985.

Debe tenerse en cuenta que la sentencia de unificación del Consejo de Estado hizo la siguiente advertencia:

***Segundo:** Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con los temas objeto de unificación, constituyen precedente obligatorio en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, toda vez que los efectos de la presente sentencia de unificación son retrospectivos, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

De igual manera, debe precisarse que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Por tales razones, la Sala revocará la sentencia apelada y denegará las pretensiones de la demanda.

Costas.

En relación a la condena en costas, la Sala advierte que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone:

***“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

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

La condena en costas fue consagrada como una forma de sancionar a la parte que resulta vencida en el litigio y consiste en el reconocimiento a favor de la parte contraria de los gastos en que incurrió para impulsar el proceso (expensas) y de los honorarios de abogado (agencias en derecho).

A efectos de determinar si procede la condena en costas, la Sala advierte que en sentencia del 22 de febrero de 2018, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado recoge las posiciones anteriores adoptadas por las Subsecciones A y B de esa Corporación y señala que para determinar las costas se debe adoptar un criterio objetivo valorativo, pues el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) impone al juez la facultad de disponer sobre la condena respecto de éstas, “...lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del

*Código General del Proceso.*¹⁵.

En el caso de autos, no se advirtió el cumplimiento de los presupuestos establecidos en la norma que implique la imposición de costas en esta instancia, por ello no procede esta condena, pues no obra prueba alguna que evidencie la causación de expensas en contra de las partes quienes, conforme a sus facultades, hicieron uso mesurado de su derecho a la réplica y contradicción.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo del Tolima**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia del 18 de diciembre de 2020, proferida por el **Juzgado Octavo Oral Administrativo del Circuito de Ibagué**, dentro del proceso promovido por **Rafael Núñez Vera** contra el **Departamento del Tolima - Fondo Territorial de Pensiones**, que accedió a las súplicas de la demanda, y en su lugar se dispone:

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: ABSTENERSE de emitir condena en costas.

CUARTO: En firme la presente decisión devuélvase el expediente al Juzgado de origen, para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE¹⁶,


ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA
Magistrado


JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO
Magistrado
(Aclara voto)


JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA
Magistrado

¹⁵ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda- Subsección "B". CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez. 22 de febrero de 2018, Radicación: 25000-23-42-000-2012-00561-02(0372-17), Actor: JORGE ENRIQUE GAMBOA SALAZAR.

¹⁶ **NOTA ACLARATORIA:** La Providencia se tramitó y suscribió por los canales electrónicos oficiales de los Despachos de los Magistrados que integran la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima y de la misma manera fue firmada y notificada.