

República de Colombia
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

Magistrado Ponente. Dr. CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ

Ibagué, dos (02) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

Radicación: No. 73001-33-33-012-2018-00275-01
Interno: No. 00308-2021
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: MARÍA DOLORES VEJARANO DE ARBELAEZ
Demandada: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES DEL TOLIMA
Asunto: Apelación de sentencia – Reliquidación pensional ordenanza 057 de 1966.

OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Se encuentran las presentes diligencias en esta Corporación a efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada, en contra de la sentencia dictada por el Juzgado Doce Administrativo Mixto del Circuito de Ibagué el 18 de diciembre de 2020, mediante la cual accedió a las pretensiones demandatorias.

ANTECEDENTES

La señora MARÍA DOLORES VEJARANO DE ARBELAEZ obrando por conducto de apoderado judicial, instauró demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en contra de la DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES DEL TOLIMA, solicitando las siguientes,

DECLARACIONES Y CONDENAS

“PRIMERO: SE DECLARE LA NULIDAD DE LOS SIGUIENTES ACTOS ADMINISTRATIVOS.

- RESOLUCION No 1509 de 26 de mayo de 2017, por medio del cual se resuelve derecho de petición de reliquidación pensión
- RESOLUCION No 8488 DEL 17 DE AGOSTO DE 2017, por medio del cual se resuelve un recurso de reposición
- RESOLUCION No 0238 DEL 21 DE DICIEMBRE DE 2017, por medio del cual se resuelve un recurso de apelación.

SEGUNDO: DECLARAR que mi poderdante la señora **MARIA DOLORES VEJARANO DE ARBELAEZ**, tiene derecho a que el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA SECRETARIA ADMINISTRATIVA- FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES reliquide y

pague la pensión de jubilación, incluyendo para ello todos los factores salariales que devengó durante el año inmediatamente anterior al retiro definitivo del servicio.

TERCERA: *se CONDENE al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA SECRETARIA ADMINISTRATIVA- FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES que proceda a reconocer, reliquidar y pagar a mi poderdante la pensión de Jubilación, tomando para ello no solo la última asignación básica devengada, sino también incluyendo todos los haberes devengados, tales como la prima de navidad, prima de alimentos, auxilio de transporte, y la prima de vacaciones, y demás factores percibidos en el último año de servicio de mi poderdante.*

CUARTA: *Se ordene al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA SECRETARIA ADMINISTRATIVA - FONTO TERRITORIAL DE PENSIONES, para que disponga la cancelación o pago debidamente indexado del retroactivo pensional dejado de cancelar, desde la acusación del derecho hasta la fecha de cumplimiento de la sentencia, con base en la formula (sic):*

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

QUINTA: *En caso de ordenar descontar aportes devengados y no cotizados a la Caja de previsión Social, se de también aplicación a 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.*

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

SEPTIMA: *condenar a la entidad demandada a reconocer y a pagar los interese comerciales y moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, según lo previsto en el art 192 de la ley 1437 de 2011.*

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

NOVENA: *Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido por el artículo 192 del CPACA.*

DECIMA: *Se condene a la entidad demandada al pago de las costas y Agencias en Derecho.”*

HECHOS Y OMISIONES

“1. Mi poderdante adquirió el estatus de pensionada por reconocimiento hecho por parte de la Caja de Previsión Social del Tolima, mediante la Resolución No 1367 el 16 de octubre de 1984.

2. *Posteriormente se reliquido (sic) la pensión de mi poderdante mediante Resolución No 0072 del 7 de febrero del 2000, por reunir los requisitos para el efecto, sin tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados, como son la prima de navidad, prima de vacaciones y demás emolumentos devengados por la señora **MARIA DOLORES VEJARANO** en el año de consolidación del estatus pensional, lo que le representa una suma superior a la que la entidad demandada le reconoció.*
3. *Así mismo, en estos actos administrativos se reconoció que mi poderdante se le tuvo como base para la liquidación de la pensión el 75% de lo devengado durante el último año de servicio, en concordancia con lo establecido en la ley 71 DE 1988, normatividad aplicable para el reconocimiento de la pensión de jubilación.*
4. *El día 5 de mayo de 2017, mi poderdante solicitó al **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA**, la **RELIQUIDACION DE LA PENSION UNICA DE JUBILACION**, incluyendo la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicio.*
5. *Mediante Resolución No 1509 de 26 de mayo de 2017, se resolvió de manera negativa la petición de reliquidación de la pensión de jubilación de mi poderdante.*
6. *Ante esta decisión, se radico el día 12 de julio de 2017, recurso de reposición y en subsidio apelación contra la resolución antes mencionada, con el fin de que se revocara la decisión adoptada.*
7. *Con resolución No 8488 de fecha 17 de agosto de 2017, se resolvió el recurso de reposición, confirmando la negativa contenida en la Resolución 1509 de 26 de mayo de 2017.*
8. *Por último mediante resolución No 0238 de fecha 21 de diciembre de 2017, se resolvió el recurso de apelación, confirmando en su integridad las resoluciones anteriores.*
9. *La señora **MARIA DOLORES VEJARANO** me ha conferido poder para iniciar el presente medio de control.”*

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA¹

Dentro del término de traslado que trata el artículo 172 de la Ley 1437 de 2011, la entidad accionada - **Departamento del Tolima – Fondo Territorial de pensiones** contestó la demanda de la referencia, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones demandatorias, al considera que las mismas carecen de fundamento legal y exponiendo los siguientes argumentos defensivos:

“(…)”

“Por lo que se puede concluir que frente a la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante, no es procedente acceder satisfactoriamente a esta pretensión, dado que la norma que sirvió de soporte para el reconocimiento de la misma fue retirada del ordenamiento jurídico; en consecuencia, no se puede realizar un análisis de legalidad con fundamento en la Ley 6 de 1945, Ley 4 de 1966, Ley 33 de 1985 o Decreto Ley 1045 de 1978, pues estos no fueron aplicados en su oportunidad y el acto administrativo bajo estudio nació a la vida jurídica como consecuencia de una Ordenanza que fue expulsada del mundo jurídico.

Habiéndole sido otorgada al accionante, docente nacionalizado su pensión de jubilación en virtud del artículo 25 de la Ordenanza 057 de 1966, ordenanza esta que fue declarada nula mediante sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima del

¹ Vista a folios 79-87 del cuaderno principal Juz. Adtivo.

13 de diciembre de 1993, no puede pretenderse la revisión de la misma, toda vez que, 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 pueda pretenderse su incremento, así como tampoco la inclusión de factores salariales a los cuales evidentemente no tiene derecho, tal y como lo sostuvo la juez de instancia.”

En el mismo planteó las siguientes excepciones: **“FALTA DE PRESUPUESTOS SUSTANCIALES PREVISTOS EN LA LEY PARA INVOCAR LA RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN”, “IMPOSIBILIDAD LEGAL DEL DEPARTAMENTO PARA ACCEDER A LO PRETENDIDO POR INAPLICACIÓN DE LAS NORMAS” y “PRESCRIPCIÓN.”**

SENTENCIA APELADA²

El Juzgado Doce Administrativo Mixto del Circuito de Ibagué, mediante sentencia proferida el 18 de diciembre de 2020, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de **"FALTA DE PRESUPUESTOS SUSTANCIALES PREVISTOS EN LA LEY PARA INVOCAR LA RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN"** e **"IMPOSIBILIDAD LEGAL DEL DEPARTAMENTO PARA ACCEDER A LO PRETENDIDO POR INAPLICACIÓN DE LAS NORMAS"** propuestas por el apoderado del **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA.**

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de las **Resoluciones Nos. 1509 del 26 de mayo de 2017; No. 8488 del 17 de agosto de 2017 y 0238 del 21 de diciembre de 2017** proferidas por la parte accionada, de conformidad a las razones anotadas en precedencia.

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

CUARTO: ORDENAR al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA- FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES, que descuente debidamente indexados los aportes a seguridad salariales social correspondientes a los factores salariales reconocidos en la presente providencia conformidad con lo establecido en el artículo 187 del C.P.A.C.A., sobre los factores ordenados incluir, es decir, prima de navidad y prima vacacional.

QUINTO: DECLARAR probada de la excepción de "prescripción", respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **05 de mayo de 2014,** con ocasión de la prescripción trienal, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEXTO: Sin COSTAS en esta instancia, según lo motivado.

² Ver folios 152-172 del cuaderno principal Juz. Activo.

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

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

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

Para llegar a la anterior decisión, el a quo consideró:

"(...)

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

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

LA APELACIÓN³

Oportunamente, la apoderada judicial de la entidad accionada interpuso el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Administrativo Mixto del Circuito de Ibagué el 18 de diciembre de 2020, para lo cual formuló las siguientes censuras en contra de la decisión de primer grado:

"Así las cosas su señoría, otorgar la reliquidación pensional a pensiones de vejez dadas con base en una norma declarada nula, sería dar aplicación a una disposición que nació con vicios de competencia claramente definidos y que originó en años posteriores su nulidad y por consiguiente exclusión del ordenamiento jurídico, si bien ya se tiene un derecho adquirido el cual debe respetarse en su totalidad, continuar dando efectos y virtudes a una disposición que fue declarada nula desde 1990 por el Honorable Tribunal Administrativo y conformada (sic) mas tarde por el Honorable Consejo de Estado."

"(...)"

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación fue admitido mediante proveído fechado el 28 de mayo de dos mil veintiuno (2021)⁴, posteriormente, el expediente ingreso al Despacho para proferir la correspondiente sentencia.

³ Ver folios 175 – 177 del expediente Juz. Adtivo.

⁴ Ver anexo N° 5 del expediente Tribunal Adtivo.

Al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, la Sala procede a decidir la controversia conforme a las siguientes:

CONSIDERACIONES DE LA SEGUNDA INSTANCIA

1. Precisiones preliminares

1.1. *Competencia del Tribunal.*

En primer lugar, es menester indicar que de conformidad a la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., esta jurisdicción puede aprehender el conocimiento del presente asunto, pues se trata de una controversia originada en un acto expedido por una entidad pública y por ende, sujeto al derecho administrativo.

Como corolario de lo anterior, según las voces del artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, esta Corporación es competente para resolver el recurso de alzada contra las sentencias proferidas por los Jueces Administrativos en primera instancia y como quiera que según la regla general consagrada en el inciso 1º del artículo 243 *ibídem*, los fallos emitidos por los Jueces y Tribunales Administrativos son pasibles de ser apelados, es claro que esta Colegiatura es competente para dirimir el presente asunto en Sala de Decisión tal como lo prevé el artículo 125 *ejusdem*.

1.2. *Definición del recurso*

Conforme a lo dispuesto en los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso, normativa aplicable al caso de autos por remisión expresa del canon 306 de la Ley 1437 de 2011, el estudio en esta segunda instancia se circunscribirá a los puntos de inconformidad formulados por la apoderada judicial de la parte demandada en contra de la sentencia de primer grado.

1.3 *Problema jurídico*

El problema jurídico se concreta en determinar si la demandante tiene derecho a que el Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones, reliquide su pensión de jubilación, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio prestado, bajo las normas del régimen general de pensiones aplicables al caso en comento.

2. *Análisis sustancial*

Pretende la parte accionante, se declaren nulos los actos administrativos contenidos en las Resoluciones Nos. 1509 del 26 de mayo de 2017, 8488 del 17 de agosto de 2017 y 0238 del 21 de diciembre de 2017, expedidas por el Departamento del Tolima – Fondo Territorial de pensiones, por medio de las cuales se denegó la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a la señora MARÍA DOLORES VEJARANO DE ARBELAEZ.

Previo a abordar el fondo del asunto, la Sala efectuará el análisis de los elementos de convicción allegados al expediente dentro del término legal y con el lleno de los requisitos formales.

2.1. *Análisis probatorio*

- a)** Que mediante Resolución No. 1367 del 16 de octubre de 1984, la Caja de Previsión Social del Tolima, reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual de jubilación vitalicia a favor de la señora MARÍA DOLORES VEJARANO DE ARBELAEZ, por haber laborado 20 años al servicio oficial docente del Departamento del Tolima, de conformidad con lo instituido en el artículo 25 de la Ordenanza 057 de 1966 (fls. 40-41 y 103-104 Juz. Activo.).
- b)** Que a través de la Resolución No. 0072 del 7 de febrero de 2000, expedida por la Secretaría Administrativa – Fondo Territorial de Pensiones del Departamento del Tolima, se reliquidó la pensión mensual de jubilación vitalicia reconocida a la señora MARÍA DOLORES VEJARANO DE ARBELAEZ mediante Resolución número 1367 del 16 de octubre de 1984, por retiro definitivo del servicio, con base en el 75% del sueldo básico devengado en el último año de servicio (fols. 42–47 Juz. Activo.).
- c)** Que mediante derecho de petición elevado por la actora a través de apoderado judicial y radicado ante la Gobernación del Tolima, el día 5 de mayo de 2017, solicitó la reliquidación de su pensión jubilación, con inclusión de todos y cada uno de los factores salariales devengados en su último año de servicio, inmediatamente anterior al retiro definitivo (fols. 5-13 Juz. Activo.).
- d)** Que mediante Resolución No. 1509 del 26 mayo de 2017, expedida por la Dirección del Fondo Territorial de Pensiones - Secretaría Administrativa del Departamento del Tolima, se resolvió de manera desfavorable la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados por la señora MARÍA DOLORES VEJARANO DE ARBELAEZ en su último año de servicio (fols.16-19 y 110-113 Juz. Activo.).
- e)** Recurso de reposición y en subsidio de apelación interpuesto por la demandante el día 12 de julio de 2017, contra la Resolución No. 1509 del 26 mayo de 2017 expedida por la Dirección del Fondo Territorial de Pensiones - Secretaría Administrativa del Departamento del Tolima (fols.20-24 y 105-109 Juz. Activo.).
- f)** Que mediante Resolución No. 8488 del 17 de agosto de 2017, emitida por el Secretario Administrativo de la Gobernación del Departamento del Tolima, se resolvió un recurso de reposición contra la Resolución No. 1509 del 26 de mayo de 2017, confirmándola en su integridad (fl. 25-28 y 115-118 Juz. Activo.).
- g)** Que mediante Resolución No. 0238 del 21 de diciembre de 2017, emitida por el Gobernador del Departamento del Tolima, se resolvió un recurso de apelación contra la Resolución No. 1509 del 26 de mayo de 2017, confirmando la resolución N° 8488 del 17 de agosto de 2017 (fl. 29-39 y 124-133 Juz. Activo.).
- h)** Certificado de los sueldos que devengó la accionante en el periodo comprendido entre el año 1983 a 1993 y del año 1998 a 1999 (fl. 48 y 123 Juz. Activo.).
- i)** Certificado de tiempo de servicio de la accionante proferido por la Secretaria de Educación y de la juventud del Departamento del Tolima. (fl. 121-122 Juz. Activo.)

En ese orden de ideas, previo a resolver el asunto, se hacen necesarias las siguientes precisiones:

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

Conforme al caudal probatorio que milita en el expediente, avizora la Sala que mediante acto administrativo contenido en la Resolución Número 1367 del 18 de julio de 1984⁵, se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación vitalicia a la señora MARÍA DOLORES VEJARANO DE ARBELAEZ, por los servicios prestados al Departamento del Tolima en calidad de docente oficial por un periodo superior a 20 años, con fundamento en la ordenanza 057 de 1966, expedida por la Asamblea Departamental del Tolima.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el reconocimiento pensional otorgado a la señora MARÍA DOLORES VEJARANO DE ARBELAEZ, se dio en virtud de lo establecido en el artículo 25 de la Ordenanza 057 de 1966, expedida por la Asamblea Departamental del Tolima, bajo una “aparente” competencia legal, deducida equívocamente del numeral 4º del artículo 97 de la Ley 4ª de 1913, pues dicha competencia sólo radicaba, y actualmente radica, en el Congreso de la República, tal como lo disponía en su época la Constitución de 1886 y actualmente la expedida en 1991; esta Sala ha de indicar que, el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 29 de noviembre de 1993⁶, con ponencia del Dr. ÁLVARO LACOMPTE LUNA, declaró la nulidad de dicha norma, al confirmar la decisión proferida por esta Corporación Judicial del 13 de diciembre de 1990, pues, consideraron que a la luz del texto constitucional las facultades para regular prestaciones sociales, estaban atribuidas al Congreso de la República, o al Presidente en ejercicio de sus facultades extraordinarias y no a las Asambleas Departamentales, así las cosas, las pensiones reconocidas con base en dicha disposición se mantienen por tratarse de un derecho adquirido o a lo que se denomina una situación consolidada⁷, circunstancia que no puede ser desconocida por la autoridad judicial.

⁵ Ver fls. 40-41 y 103-104 Juz. Adivo.

⁶ Consejo de Estado – sentencia del 29 de noviembre de 1993, C. P. ALVARO LECOMPTE LUNA: “Ahora bien, estudiando la Sala con más detenimiento la cuestión planteada, surge que cuando la Asamblea del Tolima, el 30 de noviembre de 1996, 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 1986 reservaba al legislador lo atinente a las pensiones de jubilación; en otras palabras, la reforma constitucional de 1986, 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...”

⁷ Ley 100 de 1993 - ARTICULO. “146.-Situaciones jurídicas individuales definidas por disposiciones municipales o departamentales. Las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la presente 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, continuarán vigentes.

También tendrán derecho a pensionarse con arreglo a tales disposiciones, quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo, hayan cumplido o cumplan dentro de los dos años siguientes los requisitos exigidos en dichas normas”.

Lo dispuesto en la presente ley no afecta ni modifica la situación de las personas a que se refiere este artículo.

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 podría pensar que no es posible proceder a la solicitud de reliquidación pensional deprecada con fundamento en un precepto que fue retirado del ordenamiento jurídico; no obstante, y 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 a aquella que resulte más beneficiosa y favorable para el trabajador, esta Sala precisa lo siguiente:

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, al interior de la cual se estableció lo siguiente:

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

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

"En un punto a la solicitud de reliquidación de la mesada pensional destaca la Sala que no se comparten los argumentos consignados en la providencia recurrida sobre la imposibilidad de peticionar esta reliquidación y el reajuste del derecho pensional por haberle sido reconocida en virtud de la Ordenanza 057 de 1966 que finalmente fue anulada por la autoridad administrativa, porque, a pesar de que el reconocimiento se dio bajo unos requisitos especiales (los previstos en la referida ordenanza) ello no le resta el carácter de ordinaria a dicha pensión máxime cuando la petición procura la aplicación de las normas reguladoras de la pensión ordinaria de jubilación. 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 fuera del texto).

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

Las disposiciones de este artículo regirán desde la fecha de la sanción de la presente ley.

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.

inexistencia de un fallo unificador con respecto a la temática, esto, en virtud de lo preceptuado en el artículo 53 de la Constitución Política.

Aunado a lo anterior, se ha se citar lo señalado por el máximo 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 la fijada a 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”*, ya que esa 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”*. **Motivo por el cual no podrán después pretender se les reconozca otra pensión ordinaria de jubilación**, sustentos que nos permite concluir sin dubitación alguna que, es procedente efectuar el estudio correspondiente a la reliquidación pensional de las prestaciones vitalicias reconocidas en la precitada ordenanza, 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.

El anterior criterio, tiene sustento en los argumentos expuesto por la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado en sentencia del 24 de abril de 1997¹⁰, en la que precisó:

“Luego efectivamente las disposiciones transcritas consagran la compatibilidad de las prestaciones reconocidas por el fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio con otras pensiones.

Sin embargo el análisis del problema jurídico sometido a consideración de la Sala en el sub lite, permite llegar a la conclusión de que no se trata de un caso de compatibilidad de pensiones, sino del reconocimiento doble de una misma pensión, la ordinaria de jubilación, fenómeno no contemplado en la citadas Leyes 60 y 100 de 1993, que solo hacen referencia a la compatibilidad prestacional.

En efecto, como antes se dijo, la beneficiaria goza de una pensión vitalicia de jubilación reconocida por la Caja de Previsión Social del Tolima, con base en la Ordenanza 57 de 1966, prestación que ostenta la naturaleza propia de la pensión ordinaria de jubilación establecida en forma general para todos los servidores oficiales en la Ley 6 de 1945 y demás disposiciones que posteriormente la han regulado, aunque es indiscutible que su reconocimiento se sujetó a lo normado en aquella ordenanza que estableció unos requisitos, que si bien no eran idénticos a los señalados en las disposiciones legales vigentes, carecían de la virtualidad de tornar en especial tal prestación. Así se observa que el requisito relacionado con el tiempo de servicio se mantuvo en 20 años, pero se modificó la exigencia atinente

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.

¹⁰ Expediente 13.005, CP. Dolly Pedraza de Arenas.

a la edad de los beneficiarios, ya que se permitió acceder a dicha prestación con el aludido tiempo de servicios, independientemente de la edad.

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 la fijada a los demás servidores públicos en el artículo 18 de la misma, sólo significa que se trata de una pensión de jubilación con regulación especial, no de una pensión especial diferente a la de jubilación, como sí sucede por ejemplo con la pensión consagrada por la Ley 114 de 1913 respecto de la cual el mismo legislador le dio el calificativo de pensión "gracia", para diferenciarla de la pensión ordinaria de jubilación”

“(…)”

“De manera que es incuestionable el carácter ordinario de la pensión de jubilación reconocida a la beneficiaria por la Caja de Previsión Social del Tolima, que bien podría ser compatible con otras pensiones, por ejemplo, con la pensión gracia del orden nacional, pero no con otra pensión ordinaria de jubilación.

En estas condiciones mal podría accederse a reconocer otra pensión de jubilación, como lo hizo la entidad. Ello significaría un reconocimiento doble de la misma prestación.

Resta agregar que si se efectuara el reconocimiento de la pensión requerida por el demandante dentro de los 20 años de servicio exigidos para ese efecto, se estaría tomando en parte el mismo tiempo de servicios que el departamento del Tolima tuvo en cuenta para reconocer la pensión de jubilación por parte de la Caja de Previsión de esa entidad territorial.” (Subrayado de Sala).

En este orden de ideas, es menester señalar que se bien 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 como una prestación de carácter especial; esta Corporación, en ejercicio de autonomía e independencia judicial, retoma el estudio de este tema y luego de un análisis profundo, acorde 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 la actora, bajo las previsiones normativas que regulan el reconocimiento de la pensión ordinaria de jubilación docente, aplicables al caso en comento, para lo cual, se ha de verificar el cumplimiento de los requisitos para acceder a tal prestación bajo tales cánones, siempre y cuando la demandante no perciba otra prestación vitalicia de la misma connotación – ordinaria.

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

Considerando que la ordenanza 057 de 1966 fue declara nula tal y como se precisó en reglones anteriores, se hace necesario establecer el régimen pensional ordinario

aplicable a la actora, para efectos de determinar los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta en la reliquidación pensional deprecada.

En este punto, vale precisar que la jurisprudencia del alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha señalado que los docentes son **empleados oficiales de régimen especial**, lo cual comprende entre otros aspectos, el ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de estos servidores (art. 3º del Decreto 2277/79) pero, en manera alguna, su especialidad se extiende al régimen pensional; en la medida que las citadas normas no previeron requisitos específicos para los docentes, relacionados con la edad, el tiempo de servicio y la cuantía, diferentes a los consagrados en disposiciones generales¹¹.

Ahora bien, del caudal probatorio que milita dentro del expediente, se encuentra acreditado que la MARÍA DOLORES VEJARANO DE ARBELAEZ, nació el 20 de julio de 1940¹², y prestó sus servicios como docente del Departamento del Tolima – sector público desde el 28 de febrero de 1961 al 30 de junio de 1999¹³, por lo que la Caja de Previsión Social del Tolima le reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación, efectiva a partir del 17 de marzo de 1984, fecha en la cual acreditó el cumplimiento de los 20 años de servicio 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 servicio...”. (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 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

¹¹ 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.

¹² Según Cédula de Ciudadanía obrante a folio 49 del expediente Juz. Adtivo.

¹³ Ver contenido de las resoluciones 0072 del 7 de febrero de 2000 y certificado de tiempo de servicios, obrantes a folios 121-122 Juz. Adtivo.

una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Parágrafo 3º. En todo caso, los empleados oficiales que a la vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley.” (Negrillas de la Sala).

Ahora bien, advierte la Sala que la señora MARÍA DOLORES VEJARANO DE ARBELAEZ, contaba con veintitrés (23) años de servicio para el momento en que empezó a regir la Ley 33 de 1985 -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 – sector público el 28 de febrero de 1961 hasta el 30 de junio de 1999¹⁴, 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 de la citada canon; motivo por el cual, se le debe aplicar el régimen pensional anterior, no sólo en el tema de la edad, como lo indica el inciso 1º, Parágrafo 2º, artículo 1º *ibídem*¹⁵, sino también al tiempo de servicio y los factores salariales a tener en cuenta. Sobre el particular, el Honorable Consejo de Estado ya tuvo oportunidad de pronunciarse en sentencia del 21 de septiembre de 2006, C.P. Jaime Moreno García, quien manifestó:

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

En igual sentido tuvo la oportunidad de pronunciarse la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-168-95, en la que señaló:

“La "condición más beneficiosa" para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.”

¹⁴ *Ibídem*.

¹⁵ El inciso 1º del parágrafo 2º del artículo 1º 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...”

En tema similar el Honorable Consejo de Estado se ha pronunciado accediendo a las pretensiones demandatorias, básicamente con fundamento en la salvaguarda de los principios de favorabilidad e inescindibilidad de la ley, para lo cual precisó:¹⁶

“A pesar de que la Ley 33 de 1985 no señaló nada en cuanto a la liquidación, considera la Sala que en este aspecto se debe aplicar también el régimen anterior, porque resulta más favorable al demandante, de no hacerse así, se desconocería el principio mínimo fundamental consagrado en el artículo 53 de la Carta Política que establece la “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”. Además, no se podría aplicar, por una parte, la disposición legal anterior en cuanto a la edad, y por otra, la nueva Ley para establecer la base de liquidación de la pensión, porque se incurriría en violación del principio de “inescindibilidad de la Ley” que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales.”

Con miras a resolver lo pertinente, observa la Sala que la Ley 6ª de 1945, en su artículo 17, literal b), estableció una pensión vitalicia de jubilación en favor de los empleados y obreros nacionales de carácter permanente que cumplieran 50 años de edad y 20 años de servicios, con el siguiente tenor literal:

“Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

(...)

b) Pensión vitalicia de jubilación cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$30) ni exceder de doscientos pesos (\$200) en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión”.

Mediante el Decreto 3135 de 1968, artículo 27, varió la edad de jubilación de los varones en los siguientes términos:

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

El monto pensional del 75% fue incorporado mediante el artículo 4 de la Ley 4 de 1966, modificando en lo pertinente el literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945, con el siguiente tenor literal:

“ARTICULO 40. A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A"-Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 26 de febrero de 2009. Radicación número: 25000-23-25-000-2003-08992-01(2559-07) Actor: Carlos Augusto Monroy Rincón Demandado: Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria – CAPRESUB.

Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.”

En efecto, las normas anteriores a la Ley 33 de 1985, en lo que se refiere a la edad para la pensión de jubilación, no son otras que el Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, que en su artículo 68 preceptúa lo siguiente:

“Artículo 68. Derecho a la pensión. Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades, establecimientos o empresas señalados en el artículo primero de este Decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad, si es mujer.” (Resalto de la Sala).

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.

En consecuencia, es claro que la persona que pretenda el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación consagrada en el Decreto 1848 de 1969, debe reunir dos (2) requisitos de **carácter concurrente** los cuales son a saber:

1. La prestación de servicios al Estado durante veinte (20) años en forma continua o discontinua y;
2. Que acredite tener cincuenta y cinco (55) años de edad si es hombre o cincuenta (50) años si es mujer.

En el caso, sin hesitación alguna está probado que la señora MARÍA DOLORES VEJARANO DE ARBELAEZ, ha alcanzado la edad requerida en la normatividad en cita para ser beneficiaria de la pensión de jubilación, pues alcanzó la edad de 50 años el 20 de julio de 1990¹⁷; y en lo que atañe al tiempo de servicios, aprecia la Sala que la accionante cumplió los 20 años de labores el **28 de febrero de 1981**, pues, laboró a orden del sector público – Departamento del Tolima, desde 28 de febrero de 1961 al 30 de junio de 1999 y, por lo tanto, es palmario que acreditó los requisitos establecidos en la norma referida para ser acreedora del reconocimiento pensional.

Bajo este panorama, es claro que la señora MARÍA DOLORES VEJARANO DE ARBELAEZ al ser beneficiaria del régimen de transición contemplado en la Ley 33 de 1985, tiene derecho a la pensión de jubilación estatuida en el Decreto 1848 de 1969, por manera que resta por determinar el monto de su prestación, el cual se encuentra consagrado en el artículo 73 *ibídem*, disposición que expresamente señala:

“Cuantía de la pensión. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidas en el último año de servicios por el empleado oficial que haya

¹⁷ Ver cedula de ciudadanía obrante a folio 49 del exp. Juz. Activo.

adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin.” (Subrayado declarado nulo. Sentencia del 7 de junio de 1980 H. C. de E.).

Ahora, con respecto a los factores salariales a tener en cuenta, en nuestro caso, a fin de liquidar la pensión reconocida a la demandante, es el Decreto 1045 de 1978, artículo 45, cuyo texto es el siguiente:

“Art. 45 “De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

a) La asignación básica mensual;

b) Los gastos de representación y la prima técnica;

c) Los dominicales y feriados;

d) Las horas extras;

e) Los auxilios de alimentación y transporte;

f) La prima de navidad;

g) La bonificación por servicios prestados;

h) La prima de servicios;

i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;

j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978;

k) La prima de vacaciones;

l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;

m) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del art. 38 del decreto 3130 de 1968.” (Subrayas fuera de texto)

En este punto, es evidente que la accionante es destinataria de las normas pensionales que corresponden al régimen de transición contemplado en la Ley 33 de 1985, lo anterior, habida cuenta que las normas jurídicas favorables al trabajador constituyen una garantía constitucional irrenunciable (Art. 53 superior), con las cuales precisamente se hace efectiva la protección de los derechos laborales adquiridos que hacen parte del patrimonio del beneficiario y que deben ser respetadas por leyes posteriores; de ahí que la determinación y la elección de las normas más beneficiosas a una situación particular y concreta, corresponde a quien debe aplicarlas e interpretarlas, tal y como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C- 168 de 1995¹⁸, que sobre el particular señaló:

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

¹⁸ M.P Dr. Carlos Gaviria Díaz.

entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.” (Resaltos de la Sala).

Teniendo en cuenta la anterior directriz jurisprudencial y los últimos pronunciamientos sentados por el Órgano de cierre jurisdiccional con respecto a la temática, encuentra la Sala que la normativa pensional más favorable en que se subsume la concreta situación de la señora MARÍA DOLORES VEJARANO DE ARBELAEZ, corresponde al régimen de transición previsto en la ley 33 de 1985, por lo que se puede concluir que es procedente tener en cuenta todos los factores que constituyen salario en el reajuste pensional, es decir, todas aquellas sumas percibidas de manera habitual y periódica, como retribución directa de sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé.

Establecido lo anterior, observa la Sala que conforme al certificado adiado el 18 de abril de 2019 obrante a folio 123 del expediente Juz. Activo., la señora MARÍA DOLORES VEJARANO DE ARBELAEZ, devengó durante su último año de servicio (comprendido entre el 30 de junio de 1998 y el 30 de junio de 1999), además de la asignación básica, la prima de navidad y la prima de vacaciones.

Pues bien, se tiene que la Caja de Previsión Social del Tolima, otorgó una pensión mensual vitalicia de jubilación a la accionante de conformidad con los requisitos exigidos en la ordenanza 057 de 1966 (20 años de servicio), teniendo en cuenta el sueldo mensual; posteriormente, la Secretaría Administrativa del ente territorial reliquidó la prestación mediante Resolución 0072 de 7 de febrero de 2000¹⁹, con el sueldo básico percibido en el último año de servicio, por retiro definitivo; sin embargo, acogiendo lo establecido por el Honorable Consejo de Estado en reiterados pronunciamientos, y en virtud del principio de favorabilidad, se ha de precisar que es procedente efectuar la reliquidación deprecada por la parte accionante, de conformidad con lo instituido en el régimen general de pensiones aplicables al ramo docente; por lo que la demandante tiene derecho a que la entidad accionada reliquide la aludida prestación vitalicia con inclusión de todos los factores salariales devengados durante su último año de servicio (30 de junio de 1998 a 30 de junio de 1999), que comprende además del sueldo básico, la prima de navidad y la prima de vacaciones²⁰.

Conforme a los anteriores planteamientos, es preciso concluir que los actos administrativos demandados, no se encuentran ajustados a la Ley, y por lo tanto, la accionante tiene derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios (comprendido entre el 1° de abril de 2001 y el 30 de marzo de 2002)²¹, los cuales son:

- Sueldo básico
- Prima de navidad en una doceava (1/12) parte.
- Prima de vacaciones en una doceava (1/12) parte.

¹⁹ Ver folios 42–47 del expediente Juz. Activo.

²⁰ Ver folio 123 del expediente Juz. Activo.

²¹ *Ibidem*.

Igualmente es menester indicar, que el régimen de transición establecido en la Ley 33 de 1985 comporta la aplicación del monto y término establecido en el régimen anterior, es decir que la pensión de jubilación de la demandante se debe liquidar con el 75% de lo devengado en el último año de servicios prestado, por lo que en lo que respecta al porcentaje de la liquidación del derecho pensional, el mismo se halla ajustado a derecho, al igual que el tiempo sobre el cual se computó la pensión de jubilación de la señora MARÍA DOLORES VEJARANO DE ARBELAEZ.

2.4. De los descuentos de aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

La Sala advierte que el fallador de primera instancia realizó un análisis de la postura fijada por el H. Consejo de Estado con relación a la forma en que las entidades de previsión social deben efectuar los descuentos de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los que no se hubiere efectuado el pago, concluyendo para el caso concreto que: *i)* los mismos deberán ser practicados **durante toda la vida laboral** de la señora MARÍA DOLORES VEJARANO DE ARBELAEZ, por cuanto no opera el fenómeno jurídico de la prescripción sobre los aportes y *ii)* que debe realizarse en razón al porcentaje legal que le correspondía asumir al trabajador, incumbiendo a la entidad demandada traer a valor presente y real tales sumas de dinero **a través de un cálculo actuarial**.

Finalmente precisó que si al realizar los descuentos indicados sobre el valor total del retroactivo derivado del nuevo reconocimiento ordenado, no se satisface la totalidad de la obligación que corresponde al empleado – demandante, podrán efectuarse descuentos mensuales, hasta completar el valor adeudado por concepto de aportes, teniendo en cuenta las condiciones económicas del actor, es decir, en consideración a la cuantía de la pensión.

Ahora bien, frente al primer aspecto relacionado con que el descuento deberá realizarse por toda la vida laboral de la demandante, es necesario para la Sala efectuar las siguientes precisiones:

El artículo 48 de la Constitución reconoce a la seguridad social la doble condición de derecho irrenunciable y de servicio público prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado. La seguridad social se dirige así a "propiciar la prosperidad de los asociados con apoyo en los programas que desarrollen los distintos gobiernos, los cuales deben estar dirigidos a permitir que el individuo y su familia pueda afrontar adecuadamente las contingencias derivadas de las enfermedades, la invalidez, el desempleo, el sub-empleo y las consecuencias de la muerte; a brindarle una adecuada protección a ciertos estados propios de la naturaleza humana como la maternidad y la vejez; y a ofrecerle unas condiciones mínimas de existencia y recreación social que le permitan desarrollarse física y psicológicamente en forma libre y adecuada, facilitando de este modo su total integración a la sociedad²²".

Teniendo en cuenta este mandato superior, la jurisprudencia de las Altas Cortes ha reconocido de manera uniforme y pacífica que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en salud como en pensiones, con independencia de la

²² Sentencia C- 895/09

denominación que de ellos se haga (cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, copagos, tarifas, deducibles, bonificaciones, etc.), no pueden ser utilizados para propósitos distintos a los relacionados con la seguridad social debido a su naturaleza parafiscal. Al referirse al alcance del artículo 48 de la Constitución, la Corte Constitucional ha explicado lo siguiente²³:

"En relación con dicho precepto superior [artículo 48 CP] la Corte Constitucional en numerosas decisiones de tutela ha estado llamada a examinar el tratamiento que se debe dar a los recursos de la seguridad social que se encuentren depositados en entidades financieras en liquidación para asegurar precisamente el mandato de destinación y utilización exclusiva de los recursos de las instituciones de seguridad social.

Al respecto la Corte ha hecho énfasis en i) la naturaleza parafiscal de los recursos de la seguridad social tanto en materia de salud como en pensiones ii) en el tratamiento particular que debe dársele a dichos recursos en los procesos de liquidación de las entidades financieras y iii) en la imposibilidad de asimilar el caso de los depósitos de recursos parafiscales de la seguridad social en las entidades financieras con las indemnizaciones debidas por concepto de contratos de reaseguro de las enfermedades de alto costo.

3.1.2 Esta Corporación de manera reiterada ha precisado en efecto que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en Salud (C-577/97, C-542/98, T-569/99, C-1707/00) como en pensiones (C-179/97), llámense cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, son en realidad contribuciones parafiscales de destinación específica, en cuanto constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades de salud y pensiones y que, al no comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan también a la financiación global bien del Sistema General de Seguridad Social en Salud, bien del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (C-086/02, C-789/02)". (Resaltado fuera de texto).

De esta manera, es claro que los recursos destinados a la seguridad social, ya sea que provengan de aportes directos de los empleadores, de los trabajadores, del Estado o de cualquier otro actor del sistema, tienen necesariamente destinación específica. Así mismo, la prohibición de destinación diferente guarda relación directa con el principio de sostenibilidad del sistema de pensiones, incorporado al artículo 48 Superior en el Acto Legislativo 1 de 2005, según el cual "el Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas".

Ahora bien, el Consejo de Estado mediante sentencia del 9 de abril de 2014, Consejero Ponente Gustavo Gómez Aranguren, Radicado No. 25000-23-25-000-2010-00014-01 (1849-13), señaló en cuanto a los descuentos para seguridad social en pensiones, de aquellos factores que se ordena incluir para calcular el ingreso

²³ Corte Constitucional, Sentencias C-111 de 2006 y C-543 de 2007.

base de liquidación de a pensión respecto de los cuales en su momento no se realizaron cotizaciones, lo siguiente:

“En el caso bajo estudio, el a quo ordenó a la liquidadora de la Entidad de previsión, “reliquidar sobre el nuevo valor de la pensión los reajustes de ley y realizar los descuentos de los aportes a pensión frente a los factores cuya inclusión se ordenó en esta providencia y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, de acuerdo con la normatividad aplicable para el caso y teniendo en cuenta el porcentaje que corresponda sufragar al trabajador”

No discute la Sala que la posición del Colegiado de primera instancia es ajustada a la doctrina sentada de antaño por esta Corporación, según la cual, “procede el descuento de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal”.

Se ha establecido entonces, en múltiples pronunciamientos, que la omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de los mencionados conceptos para efectos pensionales, pues aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional.

*Lo anterior debido a que el Acto Legislativo No. 01 de 2005, que modifica el artículo 48 de la Carta Política, dentro de las vías que introdujo para mantener la **sostenibilidad financiera del sistema pensional**, señaló que “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Por ello, siendo consecuentes con el anterior propósito y teniendo en cuenta que eventualmente, en casos como el sub examine, los aportes sobre la totalidad de los factores que legalmente constituyen factor salarial para efectos pensionales, no se realizaron durante la vida laboral del actor desde el momento de su causación, para esta Sala resulta necesario que los valores a retener y/ o deducir, de aquellos sobre los que no se cotizó y que se tendrán en cuenta para reliquidar la pensión del accionante, sean actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario, de suerte que se tenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y al actor (pudiendo repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo), de lo contrario se trataría de sumas depreciadas, que en vez de coadyuvar a la sostenibilidad fiscal en materia pensional, ahondarían la problemática.*

*Ahora bien, **en lo que concierne a la deuda a cargo de la parte actora, la entidad demandada procederá a realizar los descuentos sobre el valor del retroactivo producto del reconocimiento del mayor valor derivado de la reliquidación pensional con la inclusión de los nuevos factores**; y si con ello no se satisficiera la totalidad de la deuda que al demandante le corresponde, se efectuarán una serie de descuentos mensuales, iguales, hasta completar el capital adeudado.*

Los mencionados descuentos deberán ser acordes con las circunstancias y condiciones económicas del actor, dada la cuantía de su pensión; esto a efectos de no causar traumatismo a su ingreso y en consecuencia, a su manutención y la de quienes de él dependen económicamente.”. (Destaca la Sala)

Posteriormente en sentencia del 19 de febrero de 2015 proferida por el Consejo de Estado, Consejero Ponente Gustavo Gómez Aranguren, Radicado No. 25000-23-

25-000-2011-00102-01 (2076-2013)²⁴, se reiteró la posición frente a los descuentos para seguridad social en pensiones, así:

“Hecha la claridad anterior, para la Sala también es diáfano que lo pretendido por actor no podría negarse por el hecho que el Ministerio de Relaciones Exteriores haya hecho aportes para pensión hasta el 30 de abril de 2004 teniendo en cuenta sólo lo devengado en el cargo equivalente en la planta interna, porque -tal y como dejó en claro el a quo- la entidad demandada debe proceder a descontar de las sumas reconocidas al demandante el valor de los aportes sobre los cuales no se haya efectuado deducción legal en el porcentaje que concierna a él como trabajador, y repetir contra el Ministerio en su condición de empleador para el pago del porcentaje que por el mismo concepto le corresponda.

De esta manera se hace efectivo el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional dispuesto en el Acto Legislativo No. 1 de 2005 que modificó el artículo 48 Superior, del cual deriva que “para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”; y como el accionante adquirió su status jurídico de pensionado con posterioridad a la reforma que se introdujo en el año 2005 al aludido artículo, en procura de evitar que el problema financiero pensional se profundice, las sumas a descontar al actor y las que debe cobrarse al Ministerio deberán ser traídas a valor presente por medio de operación que en tal sentido realice un actuario designando para ello por la entidad demandada.”.

Estos pronunciamientos avalan la teoría según la cual los descuentos que por aportes pensionales correspondan por ley a la demandante, deberán realizarse durante toda la vida laboral.

No obstante lo anterior, es necesario precisar que en relación con el período de tiempo en que deben descontarse los factores dejados de cotizar no existe una posición clara y unificada de nuestro órgano de cierre jurisdiccional. En efecto, el Consejo de Estado²⁵ ha afirmado en diversos pronunciamientos que aquellos factores salariales que deban incluirse en la reliquidación y sobre los cuales no se hubiere cotizado **en el último año de servicio, se descuenta o retenga los montos de cotización sobre esos factores.**

En otros casos, la Alta Colegiatura²⁶ ha señalado que los descuentos de los valores correspondientes a los aportes de los factores ordenados incluir en el cálculo pensional **deben efectuarse por el tiempo que percibió los mismos.** Concretamente ha precisado:

“Por las razones expuestas, la Sala de Decisión de la Sección Segunda del Consejo de Estado: (i) estima procedente acceder a la pretensión del señor LUIS EDUARDO DELGADO, el sentido de hacerle extensivos los efectos de la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010 por la Sección Segunda del Consejo de Estado, expediente 2006-07509, con ponencia del magistrado VÍCTOR HERNANDO

²⁴ Sentencia del 19 de febrero de 2015 proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, CP. Gustavo Gómez Aranguren, Radicado No. 25000-23-25-000-2011-00102-01 (2076-2013).

²⁵ Ver entre otras, sentencia del Consejo de Estado de fecha 7 de diciembre de 2016, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, radicación número: 11001031500020160263600(AC).

²⁶ Sentencia del Consejo de Estado de fecha 24 de noviembre de 2016, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación número: 11001032500020130134100 (3413-2013).

*ALVARADO ARDILA y, como consecuencia de ello, se ordenará a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP), la reliquidación de su pensión de jubilación, teniendo como base de liquidación la asignación básica, la bonificación por servicios, la prima de servicios, la prima de vacaciones, la prima de navidad y la prima de productividad, todos ellos, factores salariales por él devengados en su último año de servicios²⁷, y con exclusión del «bonificación por recreación»,(...) (ii) **ordenará a la misma entidad efectuar el recobro y descuento de los valores correspondientes a los aportes proporcionales a que haya lugar, por el tiempo que percibió los mismos factores (12% a cargo del empleador y 4% a cargo del trabajador)**, y (iii) declarará la prescripción trienal de las mesadas causadas con anterioridad al 24 de junio de 2010.» (Negrilla fuera del texto original)*

Bajo este panorama es claro para el Tribunal, que no existe una posición unificada y reiterada sobre el periodo respecto del cual se deban efectuar los descuentos por aportes pensionales, de manera que corresponde a la autoridad judicial, en virtud de la libertad de interpretación y autonomía judicial²⁸, adoptar el enfoque que considere es el correcto, estimando la Sala que es éste último (*descuento de los valores correspondientes a los aportes proporcionales a que haya lugar, por el tiempo que percibió los mismos factores*), el que en mayor medida respeta los principios de sostenibilidad financiera del sistema, favorabilidad²⁹, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales³⁰ y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales³¹, por cuanto guarda relación directa entre la retribución efectivamente percibida por la demandante en servicio y la prestación pensional reconocida.

La tesis según la cual se debe hacer por toda la vida laboral sin importar si percibió o no tales emolumentos de manera ininterrumpida, en efecto desconoce dicha regla básica, atentando contra los derechos del trabajador que estaría obligado realizar un pago, en este caso por 38 años de servicios (se vinculó el 28 de febrero de 1961 y se retiró el 30 de junio de 1999), desconociendo si durante todo ese periodo en efecto percibió la prima de navidad y la prima de vacaciones cuya inclusión se ordena; es decir, tal postura no se compadece con la realidad fáctica y jurídica que ampara el derecho pensional de la señora MARÍA DOLORES VEJARANO DE

²⁷ Folios 18 y 19 del expediente.

²⁸ “La gran importancia de la función judicial, e incluso la celosa protección del derecho de acceder a ella resultan vacíos e inútiles, si no se garantizan de igual manera la autonomía e independencia de los jueces, reconocidas y aliviadas también por varios preceptos constitucionales y por los tratados internacionales sobre la materia. En suma, los operadores judiciales deben ser autónomos e independientes, pues sólo así los casos puestos a su conocimiento podrán ser resueltos de manera imparcial, aplicando a ellos los mandatos abstractamente definidos por el legislador, de tal modo que verdaderamente se cumpla la esencia de la misión constitucional de administrar justicia.” Sentencia T-238-11

²⁹ Constitución Política, artículo 53.

³⁰ *Ibidem*

³¹ Corte Constitucional, sentencia C- 1141 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto. “El principio de progresividad y la prohibición de regresividad representa un componente esencial de la garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y dentro de ellos los derechos de seguridad social. La exigibilidad judicial de la protección de un derecho social, debe ser complementada con la posibilidad de conformar contenidos o estándares mínimos constituidos por prestaciones concretas, cuya garantía se pueda posicionar de manera general como un punto sobre el cual avanzar, y de no retorno en cuanto al carácter incuestionable de su satisfacción”

ARBELAEZ y ocasiona un perjuicio grave a los intereses económicos al ser ordenado.

Por lo anterior, la Sala ordenará que el descuento de los aportes se realice sobre los factores ordenados incluir al cálculo pensional, **por el tiempo que percibió los mismos factores** y no por toda la vida laboral, por ajustarse tal interpretación a los principios y valores que rigen nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, en este mismo escenario encontramos que tales aportes deberán ser traídos a valor presente, y para el caso concreto el artículo 99 del Decreto 1848 de 1969³², norma que cubre el derecho pensional de la señora Leticia, establece:

“ARTÍCULO 99.- Deduciones por aportes que se adeuden. Cuando un empleado oficial tenga derecho a una determinada prestación por la cual deba responder una entidad de previsión social y no haya pagado en todo o en parte los aportes correspondientes, la entidad al hacer el reconocimiento respectivo descontará el valor de los aportes, que se liquidarán con base en los diferentes salarios percibidos por el empleado en el respectivo tiempo de servicio³³.”

Si bien la norma en mención no contempla la fórmula con la que se debe traer a valor presente el monto de los aportes, tampoco preceptúa que se deba realizar a través del cálculo actuarial ordenado por el fallador de primer grado, el cual, conforme lo ha precisado la Honorable Corte Constitucional en diferentes providencias³⁴, se constituye en una sanción para el empleador ante la falta de afiliación y/o pago de aportes de seguridad social en pensión a un empleado, situación que evidentemente no es la que se presenta en el *sub lite*, donde es a través de una sentencia judicial que se está ordenando la inclusión de unos factores salariales en una pensión de jubilación, respecto de los cuales el empleador no realizó los respectivos descuentos y corresponde ahora al trabajador asumirlos en la proporción respectiva, es decir, tal fórmula matemática no se ajusta a la situación jurídica que gobierna el derecho pensional de la señora MARÍA DOLORES VEJARANO DE ARBELAEZ.

³² Por el cual se reglamenta el Decreto **3135** de 1968.

³³ Este tiempo de servicios según la interpretación adoptada por esta Colegiatura se constituye en el que **percibió los factores cuya inclusión se ordena**.

³⁴ En Sentencia T-234 de 2018 la Corte Constitucional precisó:

Si el empleador omitió afiliar a su trabajador a un fondo de pensiones pero lo hace (afiliación) de manera tardía, la ley contempla la obligación que tiene el empleador de trasladar al sistema, el valor de los aportes correspondientes al tiempo laborado por el empleado y que no fue cotizado por el patrono. Así, el fondo o administradora expide al empleador un cálculo actuarial de lo adeudado, correspondiente a los aportes que se debieron realizar desde el mismo momento en que inició la relación laboral, este hace el correspondiente pago, trasladando la responsabilidad pensional a la entidad, la cual, si se cumplen los requisitos para una prestación económica deberá ser quien la asuma.

(iii) Finalmente, si el empleador afilió cumplidamente al trabajador pero no hizo los pagos de las cotizaciones que debía, se está frente a la figura del *allanamiento a la mora* por parte del fondo o administrador de pensiones, ya que a este el legislador le ha dado la oportunidad de a través de instrumentos legales, perseguir el pago de dichos aportes. De tal manera que las prestaciones económicas que se generen serán asumidas por el fondo o administradora con la posibilidad de acudir a los recursos judiciales o administrativos para lograr por parte del empleador moroso el pago de los aportes adeudados junto con los intereses a que haya lugar.

4.6. Específicamente, en el segundo caso que se presenta cuando el empleador afilia tardíamente a su empleado, como se dijo, debe solicitar al fondo o administradora de pensiones el cálculo actuarial (aportando los demás documentos que exija la entidad para el efecto) a partir del cual debe tomar la decisión de pagar dicho valor a la administradora y trasladar el riesgo o asumir las prestaciones económicas que puedan presentarse.

4.7. Es clara la intención del legislador al prever esta figura (pago del cálculo actuarial), y es la de permitirle al trabajador que el período que su empleador no hizo los aportes a un fondo porque no lo afilió, se contabilice dentro de su historial de semanas de cotización para todos los efectos prestacionales que se hallen inmersos dentro del Sistema General de Pensiones. De tal manera que si se hace la correspondiente afiliación del empleado por parte del empleador y se paga el valor del cálculo actuarial, a satisfacción de la entidad administradora de pensiones, los períodos pagados deben ser aplicados para la fecha en que se laboraron y debieron ser reportados.”

En otros términos, la omisión en el descuento no puede ser imputada a la empleada ni mucho menos ésta deberá soportar el peso de las consecuencias adversas de la conducta de su empleador, pues con la fórmula de cálculo actuarial se pondrían en riesgo derechos fundamentales como el mínimo vital, la dignidad humana y la seguridad social del empleado, pues resultaría más lesivo para su patrimonio un fallo condenatorio (es decir aquel que ordene la inclusión de todos los factores salariales devengados), que una sentencia en la que se nieguen las pretensiones de la demanda, contrariando los postulados propios del acceso a la administración de justicia y justicia material que deben imperar en nuestro Estado Social de Derecho.

Bajo este escenario procesal considera la Sala que se debe aplicar la fórmula de actualización que contempla el inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., es decir teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor. Concretamente dispone la norma en comento:

“ARTÍCULO 187. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen.

En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus.

Para restablecer el derecho particular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas.

Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor.

De acuerdo al canon legal en cita, es evidente que los pagos de sumas líquidas de dinero ordenados mediante sentencia, en el marco de un proceso judicial, se deberán ajustar de acuerdo al IPC, sin que resulte válida para esta Corporación la aplicación de un cálculo actuarial, **más aun cuando la norma que lo contempla (artículo 33 párrafo 1º de la Ley 100 de 1993) no resulta aplicable al régimen pensional que cobija a la demandante,** quien como se dijo en párrafos preliminares, es beneficiaria de la pensión de jubilación estatuida en el Decreto 1848 de 1969.

2.5. De la prescripción

De la cuidadosa revisión de las presentes diligencias, observa la Sala que se encuentra probada la excepción de prescripción, para lo cual se ha señalado que es un fenómeno que corresponde al derecho sustantivo, cuyo efecto consiste en dejar al sujeto sin posibilidad de ejercitar un derecho. Sin embargo, debe aclararse, que en tratándose de prestaciones periódicas, opera sólo respecto de las mesadas que se causen fuera del término, pero no del derecho mismo, toda vez que éste es imprescriptible.

Pues bien, para ordenar el pago de los valores resultantes de los referidos reajustes, la Sala atenderá lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, que al referirse a la prescripción dispuso:

“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescriben en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haga exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.”

De acuerdo con el acervo probatorio allegado al proceso, se tiene que la accionante mediante petición radicada el día **05 de mayo de 2017**³⁵, solicitó la reliquidación de su pensión mensual vitalicia de jubilación con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, en este sentido se declarará probada esta excepción con relación al reajuste las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **05 de mayo de 2014**.

2.6. La actualización

Todas las sumas que sean reconocidas como consecuencia de esta sentencia, serán actualizadas conforme lo establece el art. 187 del C.P.A.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = R.H \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la demandante por concepto de la reliquidación de su pensión desde el **05 de mayo de 2014** hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

De otra parte, reconózcase personería a ANGIE DANIELA VASQUEZ LEONEL y a BETSY SAULIA SIERRA LÓPEZ, conforme a los poderes de sustitución que obran en el exp. Trib. Activo. anexos N° 09 y 010, como apoderadas de la parte demandante.

2.7. Condena en costas

En primer lugar, vale precisar que las costas procesales constituyen una carga económica que comprende, por una parte, las expensas, es decir, todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderados (honorarios de peritos, impuestos de timbre, copias, gastos de desplazamiento en diligencias realizadas fuera de la sede del despacho judicial, etc.) y, de otro lado, las agencias en derecho, correspondientes a los gastos efectuados por concepto de apoderamiento. Aunque las agencias en derecho representan una contraprestación por los gastos en que la parte incurrió para ejercer la defensa judicial de sus

³⁵ Ver derecho de petición obrante a folio 5 – 17 Juz. Activo.

intereses, es al juez a quien corresponde fijarlos de acuerdo a las tablas que para el efecto expide el Consejo Superior de la Judicatura.

El artículo 188 del C.P.A.C.A. señala:

“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”

La lectura del texto normativo permite establecer que el legislador eliminó la condición subjetiva de malicia o temeridad que debía observar el juez administrativo en la parte vencida para imponer la condena en costas con el anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), ubicándose ahora en el plano puramente objetivo, en donde se deberá condenar en costas al vencido en el proceso, independientemente de las causas del vencimiento, es decir, sin entrar a examinar la conducta de las parte que promovió o se opuso a la demanda, incidente etc; criterio adoptado por la Sección Segunda, Subsección A, del Honorable Consejo de Estado en sentencia del 7 de abril de 2016, M.P. William Hernández Gómez, entre otras, el cual, a su vez tiene fundamento en la sentencia C-157 de 21 de marzo de 2013, ratificó el criterio objetivo valorativo del artículo 365 del C.G.P.

A *contrario sensu*, no se acoge la interpretación establecida por las otras Secciones del Consejo de Estado, toda vez que estas hacen referencia a una valoración o ponderación subjetiva de la parte que resulte vencida en el proceso, verbigracia, temeridad, mala fe, y calidad de las partes (trabajador entendido como el extremo débil del litigio), aspectos que no condicionan la imposición de condena en costas reglada el artículo 365 del Código general del Proceso y 188 del C.P.A.C.A; si no que correspondían a conductas propias que debían ser apreciadas en vigencia del derogado decreto 01 de 1984 como presupuestos para emitir la condena en costas.

Ahora bien, y como como quiera que en el *sub lite* se ha resuelto desfavorablemente la alzada interpuesta por la parte demandada (Art. 365-1 C.G.P.), y se impone confirmar la sentencia objeto de la apelación (Art. 365-3³⁶ *ibídem*) y al no tratarse de un asunto en el que se ventile un interés público (Art. 188 C.P.A.C.A), es menester de la Sala hacer la correspondiente condena en costas de la segunda instancia a favor de la parte demandante y a cargo de la entidad accionada – Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones, siempre que en el expediente se demuestre que se causaron y en la medida de su comprobación, para lo cual se fija el equivalente a 1 SMLMV, por concepto de agencias en derecho, y se ordena que por Secretaría del juzgado de origen se realice la correspondiente liquidación en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

2.8. Síntesis

Con fundamento en lo expuesto, se encuentra acreditado que es procedente acceder a la reliquidación de la mesada pensional deprecada por la parte actora

³⁶ **“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: (...)*

3. *En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...)*”.

con inclusión de todos los factores salariales percibidos en su último año de servicio activo, razón por la cual, esta Sala de decisión confirmará la sentencia de primera instancia proferida el 18 de diciembre de 2020, por el Juzgado Doce Administrativo Mixto del Circuito de Ibagué. En consecuencia, se proferirá la siguiente...

DECISIÓN

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE

Primero: **CONFIRMASE** la sentencia apelada proferida el 18 de diciembre de 2020, por el Juzgado Doce Administrativo Mixto del Circuito de Ibagué, por medio de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en parte motiva de la presente decisión.

Segundo: **CONDENASE** en costas de la segunda instancia a la parte demandada, conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., siempre que en el expediente se demuestre que se causaron y en la medida de su comprobación, para lo cual se fija el equivalente a 1 SMLMV, por concepto de agencias en derecho, y se ordena que por Secretaría del juzgado de origen se realice la correspondiente liquidación en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

Tercero: **RECONÓZCASE** personería a ANGIE DANIELA VASQUEZ LEONEL y a BETSY SAULIA SIERRA LÓPEZ, conforme a los poderes de sustitución que obran en el exp. Trib. Adtivo. anexos N° 09 y 010, como apoderadas de la parte demandante.

Cuarto: Una vez en firme ésta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen para lo de su competencia.

Ésta providencia fue estudiada y aprobada en Sala del día dos (02) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA
Magistrado



JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO
Magistrado

CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Arturo Arturo Mendieta Rodriguez Rodriguez
Magistrado
Oral 4
Tribunal Administrativo De Ibague - Tolima

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **dd5e51182d1ca838152a131c7b972f8bf823e02b89f99eed5b1cfdafa1d4027**

Documento generado en 03/12/2021 08:29:38 AM

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