

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

Sala de Oralidad

Magistrado Ponente: Luis Eduardo Collazos Olaya

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

IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 73001-33-33-006-2019-00048-01
Demandante: Luis Rafael Espinosa Sánchez
Apoderado: Jaime Cáceres Medina
Demandado: Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones
Apoderado: Rafael Eduardo Gutiérrez Muñoz
Tema: Reliquidación pensional (ordenanza 057)

ASUNTO

Decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, Departamento del Tolima, contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Ibagué el 19 de enero de 2021, por medio de la cual se accedió a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

El señor Luis Rafael Espinosa Sánchez¹, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró demanda contra el Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones, a fin de que se acojan las súplicas que en los apartados siguientes se precisan.

1.1.1. Pretensiones

Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución 724 del 6 de mayo de 2009, por medio de la cual se negó el reajuste de la pensión de jubilación reconocida a través de la Resolución 267 del 14 de septiembre de 1971.

Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución 0083 del 4 de junio de 2009, mediante la cual se desató desfavorablemente recurso de apelación interpuesto contra la decisión anterior.

Como consecuencia de las declaraciones antes referidas, a título de restablecimiento del derecho, solicita el reajuste de la pensión de jubilación con inclusión de todos los factores devengados durante el último año de servicios, tales como: sobresueldo, primas de navidad, vacaciones y alimentación, auxilio de transporte y demás contraprestaciones percibidas.

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

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

¹ Por intermedio de apoderado.

1.1.2. Hechos

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

El señor Luis Rafael Espinosa Sánchez nació el 10 de septiembre de 1929.

Trabajó como docente del sector oficial de forma continua e ininterrumpida entre el 1 de febrero de 1951 y el 19 de enero de 1991.

Por medio de la Resolución 267 de 1971, la Caja de Previsión Social del Tolima le reconoció pensión de jubilación. Prestación reajustada por retiro definitivo del servicio a través de la Resolución 0013 del 10 de enero de 1996.

El 27 de febrero de 2009, pidió ante el Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones el reajuste de la prestación en comento teniendo en cuenta la inclusión de todos los factores percibidos durante el último año de servicios, tales como: sobresueldo, auxilio de transporte y primas de navidad, vacaciones y alimentación.

A través de las Resoluciones 0724 del 6 de mayo de 2009 y 0083 del 4 de junio de igual año, la entidad demandada negó la referida solicitud.

1.1.3. Concepto de violación

Relaciona como normas violadas las siguientes:

- Constitución Política, artículos 23, 29, 53, 85, 150, 209 y 289.
- Ley 33 de 1985, artículo 1, párrafo 2.
- Ley 62 de 1985.
- Decreto 3135 de 1968.
- Ley 6 de 1946.
- Decreto 1045 de 1978, artículo 45.
- Decreto 3752 de 2003.
- Decreto 1919 de 2002.

Aduce que los actos administrativos acusados omitieron el deber legal de establecer el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación reconocida a la aquí demandante con el régimen pensional anterior al de la Ley 33 de 1985.

1.2. Contestación de la demanda

La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que la revisión de la prestación no es procedente por nulidad de la norma que sirvió de base para su reconocimiento (Ordenanza 057 de 1966). Como argumentos de defensa propuso las excepciones de imposibilidad legal para acceder a lo pretendido por parte del Fondo Territorial de Pensiones del Departamento del Tolima; y, prescripción.

1.3. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, en sentencia proferida el 19 de enero de 2021, sobre el asunto de que trata este proceso, resolvió:

“PRIMERO: DECLÁRESE probada la excepción de prescripción de las mesadas adeudadas con anterioridad al 6 de febrero de 2016, en los términos referidos en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: DECLÁRESE la nulidad de las Resoluciones 724 del 06 de mayo y 0083 del 4 de junio de 2009, mediante las cuales se negó la reliquidación de la pensión de jubilación del señor LUIS RAFAEL ESPINOSA SÁNCHEZ con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

TECERO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho **CONDÉNESE al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES** a reliquidar la pensión de jubilación del señor **LUIS RAFAEL ESPINOSA SÁNCHEZ** con el 75% de los factores salariales devengados en el último año de servicio, es decir con la inclusión además del sueldo y el sobresueldo, de las doceavas (1/12) partes de las primas de vacaciones y navidad devengadas del 14 de enero de 2020 al 14 de enero de 2003 y efectiva desde el **06 de febrero de 2016**, en virtud del fenómeno de la prescripción, sumas éstas que deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el **DANE** teniendo en cuenta lo expuesto en la parte considerativa de la providencia.

Igualmente, en cuanto a los aportes a seguridad social correspondientes a los mencionados factores, éstos deberán ser descontados debidamente indexados al momento de dar cumplimiento al presente fallo, en caso de que no la hayan sido anteriormente.

CUARTO: Las sumas que resulten de la liquidación antes referidas se pagarán a favor de la señora ROSALIA QUIMBAYO LAMPREA, a quien la demandada le reconoció la pensión de sobrevivientes del docente fallecido.

QUINTO: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

SEXTO: CONDÉNESE en costas a la parte accionada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP, para lo cual se **fijan en la suma equivalente al 4% de lo pedido.**

SÉPTIMO: Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme al artículo 203 del C.P.A.C.A.

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

(...)” (Negritas y resaltados originales del texto)”

La decisión en comento tiene como sustento que el señor LUIS RAFAEL ESPINOSA SÁNCHEZ cumplió con los requisitos exigidos por la jurisprudencia para que proceda la reliquidación de la pensión, pese a que el fundamento de la misma haya sido la Ordenanza 057 de 1966, como quiera que es la única pensión ordinaria a ella reconocida, por lo que en virtud al principio de favorabilidad, debe liquidarse con todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, por estar cobijada por el régimen de transición de que trata la Ley 33 de 1985.

1.4. El recurso de apelación

La demandada por intermedio de apoderado formuló recurso de apelación contra la decisión anterior, argumentando:

“Reitera la suscrita lo mencionado en los alegatos de conclusión presentados en primera instancia en donde señalo que, se debe proferir fallo absolutorio (...), ya que dentro del proceso que nos ocupa, no se ha negado o vulnerado derecho alguno al accionante, teniendo en cuenta que el acto administrativo resolución 724 del 06 de mayo de 2009, acusado, expedido por el Fondo Territorial de pensiones del Departamento del Tolima, le fue negada la reliquidación de la pensión de jubilación en debida forma.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, al accionante le fue reconocida la pensión conforme la ordenanza 057 de 1996, la cual se reconoció a maestros del sector

oficial, y aquellos que habiendo laborado en el sector privado, por cinco años, igualmente lo hicieron para el magisterio por otros quince años. Ordenanza esta que fue expedida por una aparente competencia legal, por parte de la Asamblea departamental del Tolima deducida equivocadamente del numeral noveno del artículo 97 de la ley 4 de 1913, pues dicha competencia solo se radicaba en el congreso de la república.

Dicho acto fue declarado nulo en sus artículos 25, 26 y 27 mediante sentencia proferida el 13 de diciembre de 1990 por el tribunal administrativo del Tolima.

De esta manera, no puede reconocerse prestaciones sociales adicionales o diferentes sobre un acto que fue declarado nulo.

Sumado a lo anterior, y conforme se indica en la ley 33 de 1985, en consonancia con el artículo 48 constitucional, solo son factores salariales, sobre los cuales se haya realizado el aporte o cotización, los cuales podrán incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

Lo anterior, no solamente sostenido por el Consejo de Estado, como garantía de sostenibilidad del sistema, finanzas del mismo y sin poner en riesgo el derecho irrenunciable a la pensión de todas las personas del territorio nacional, en donde se debe acatar por parte del estado los principios de universalidad y eficiencia.

Así mismo, independientemente que el accionante solo tenga reconocida esta pensión, no la convierto por ello en pensión ordinaria, como tampoco, puede incluirse factores salariales adicionales o diferentes a los tenidos en cuenta por el fondo para la liquidación de dicha pensión, acto administrativo que además de estar acorde a la ley, respeta los derechos del pensionado.

Adicional a lo anterior, solicito al despacho se reconsidere la condena en costas en contra de mi representada, pues si bien existe fallo condenatorio, negaron parcialmente las solicitudes del demandante, por solicitud y excepciones de la entidad, en ejercicio de su derecho de defensa, accediendo a la prescripción solicitada.

(...) (sic)"

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes no intervinieron en esta etapa procesal.

El **Ministerio Público** se abstuvo de emitir el correspondiente concepto.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Saneamiento

No se observa causal que invalide la actuación hasta ahora surtida.

2.2. Competencia

Le asiste competencia al Tribunal, para resolver el recurso de apelación interpuesto, con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

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

2.3. Procedibilidad del recurso de apelación

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

2.4. Problema jurídico a resolver en segunda instancia

De acuerdo a lo expuesto en el recurso de alzada, esta Sala se ocupará de determinar:

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

También, analizará si es viable la condena en costas en contra de la parte vencida.

2.4.1. Tesis de la Sala

Se confirmará la decisión recurrida en razón a que las súplicas de la demanda están llamadas a prosperar. El Consejo de Estado en sentencia del 18 de febrero de 2010² aceptó que las pensiones reconocidas bajo el amparo de la Ordenanza 057 de 1966 podían ser reajustadas, pero conforme a las normas que regulan la pensión ordinaria de jubilación. Así, en razón a que el régimen pensional vigente para la época de adquisición del status pensional del aquí demandante, era el previsto en la Ley 6ª de 1945 y los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, como quiera que al momento de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, esto es, 13 de febrero de 1985, ya había adquirido su derecho pensional, pues, cumplió 20 años de servicio el 1 de febrero de 1971, siendo este el único requisito exigido para el otorgamiento de la prestación conforme a la Ordenanza 057 de 1966. Según lo dispuesto en el Decreto 1045 de 1978, los factores de liquidación pensional son: “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 inexecuibilidad del art. 38 del decreto 3130 de 1968.”; ahora, conforme a lo acreditado en el sumario, el valor último de la prestación, por reliquidación, se estableció con base en el promedio del sueldo y sobresueldo, pese a que el accionante también recibió prima de navidad y auxilios de transporte y alimentación, enlistados como factores de liquidación de acuerdo a lo reglado en el Decreto 1045 de 1978, luego, están dados los presupuestos legales para el reajuste pensional en los términos ordenados en primera instancia. La condena en costas también resulta procedente como quiera que la parte demandante debió promover un proceso judicial, incurriendo en el gasto de pagar defensa técnica, en aras de obtener el reconocimiento de un derecho subjetivo amparado en el ordenamiento jurídico, denegado en sede administrativa por la demandada.*

2.5. Análisis de la Sala

2.5.1. Pruebas relevantes aportadas al proceso

² El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B, Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

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

2.5.1.1. El señor Luis Rafael Espinosa Sánchez nació el 10 de septiembre de 1929³.

2.5.1.2. Prestó sus servicios como docente en el Departamento del Tolima, entre el 1 de febrero de 1951 y el 20 de enero de 1991⁴.

2.5.1.3. Mediante la Resolución 267 del 14 de septiembre de 1971, la Caja de Previsión Social del Tolima le reconoció pensión de jubilación, bajo los presupuestos de la Ordenanza 075 de 1966, efectiva a partir del 27 de febrero de 1988⁵.

2.5.1.4. Los factores sometidos a liquidación para establecer el monto de la prestación fueron el sueldo, la prima de navidad y el auxilio de transporte⁶.

2.5.1.5. A través de la Resolución 0013 del 10 de enero de 1996, se reajustó el valor de la pensión en comento por retiro definitivo del servicio, teniendo en cuenta el 75% del promedio del sueldo y sobresueldo del último año de servicios, con efectos a partir del 20 de enero de 1991⁷.

2.5.1.6. Con la Resolución 0724 del 6 de mayo de 2009, la Dirección del Fondo Territorial de Pensiones del Tolima le negó una solicitud tendiente a obtener el reajuste de la mesada pensional por inclusión de la totalidad de factores devengados durante el último año de servicios⁸, decisión confirmada en apelación mediante la Resolución 0083 del 4 de junio del mismo año, emanada del gobernador del Departamento del Tolima⁹.

2.5.1.7. Según certificado de salarios emitido por el Fondo Educativo Regional del Tolima, el señor Luis Rafael Espinoza Sánchez el último año de servicios devengó sueldo, sobresueldo, auxilio de transporte, prima de navidad y prima de alimentación¹⁰.

2.5.2. Marco normativo

El Consejo de Estado¹¹, ha indicado que, según la Constitución Política de 1886, la regulación de prestaciones sociales para los empleados públicos, era facultad exclusiva del Congreso de la República o del presidente en uso de facultades extraordinarias.

Es así, como la Ordenanza 057 de 1966, expedida por la Asamblea Departamental del Tolima, no podía señalar requisitos distintos de los establecidos en la ley para el reconocimiento del derecho pensional, pues, dicha Corporación no tenía facultades derivadas de la Constitución ni de la Ley 4ª de 1913, para regular prestaciones sociales.

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

³ Según se desprende de la fotocopia de su cédula de ciudadanía obrante en la carpeta juzgado – subcarpeta 02CuadernoPrincipal – archivo CuadernoPrincipal – página 37.

⁴ Información obtenida del certificado laboral que reposa en la carpeta juzgado – subcarpeta 02CuadernoPrincipal – archivo CuadernoPrincipal – páginas 27 al 32, en concordancia con los actos de reconocimiento y reliquidación pensional que obra en la misma ubicación del expediente electrónico en las páginas 6 al 7 y del 9 al 12.

⁵ Carpeta juzgado – subcarpeta 02CuadernoPrincipal – archivo CuadernoPrincipal – páginas 6 al 7.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Carpeta juzgado – subcarpeta 02CuadernoPrincipal – archivo CuadernoPrincipal – páginas 9 al 12.

⁸ Carpeta juzgado – subcarpeta 02CuadernoPrincipal – archivo CuadernoPrincipal – páginas 13 al 16.

⁹ Carpeta juzgado – subcarpeta 02CuadernoPrincipal – archivo CuadernoPrincipal – páginas 23 al 26.

¹⁰ Carpeta juzgado – subcarpeta 02CuadernoPrincipal – archivo CuadernoPrincipal – páginas 33 al 35.

¹¹ Consejo de Estado Sección Segunda – Subsección “B” M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, sentencia del 7 de junio de 2007. No. de Referencia: 730012331000200003669 01.

“Ahora bien, estudiando la Sala con más detenimiento la cuestión planteada, surge que cuando la Asamblea del Tolima, el 30 de noviembre de 1966, produjo los artículos 25, 26 y 27 de la Ordenanza 57, en los cuales se establecieron las condiciones para que los maestros del departamento aludido tuvieran derecho a pensión de jubilación, lo hizo en ejercicio de una facultad aparentemente válida, al tenor del art. 97, numeral 4 de la ley 4 de 1913. Sin embargo, ya para ese entonces el artículo 62 de la original Constitución de 1886 reservaba al legislador lo atinente a las pensiones de jubilación; en otras palabras, la reforma constitucional de 1968, no hizo otra cosa que reafirmar, de una manera más clara y precisa dicha atribución para la ley, o sea el Congreso o al presidente de la república extraordinariamente, de lo que se deduce que, constitucionalmente hablando, la Asamblea del Tolima jamás tuvo la facultad de la que hizo uso...”¹²

De acuerdo a lo anterior y con relación a las pensiones que fueron reconocidas con base en la Ordenanza 057 de 1966, nuestro máximo órgano de cierre, en sentencia del 7 del de junio de 2007, dentro del expediente No. 73001233100020000366901¹³, determinó:

“(...) si la reliquidación de la pensión a la que aspira el demandante tiene su fundamento en lo establecido por la Asamblea del Tolima, y tal acto por ser contrario a la Constitución fue declarado nulo por esta jurisdicción, la petición no puede prosperar. Como ya se indicó, a las asambleas departamentales no les correspondía regular las materias relativas a las prestaciones de los empleados al servicio de los departamentos ni de sus entidades descentralizadas. Por este aspecto las pretensiones de la demanda no podrían prosperar. La demanda en el presente caso fue presentada el 30 de noviembre de 2000, luego de la declaratoria de nulidad de la Ordenanza 57 de 1966 (...)”

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

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

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

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

Así pues, teniendo en cuenta que estamos ante un derecho preexistente que no puede ser desconocido, y que fue otorgado bajo la vigencia de una normatividad que ulteriormente fue declarada nula, se podría pensar que no es posible acceder

¹² Sentencia del 29 de noviembre de 1993. Mag. Ponente Álvaro Lecompte Luna.

¹³ Demandante: Daniel Molano Rengifo. Demandado: Departamento del Tolima. Mag. Ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado.

a la solicitud de reliquidación pensional deprecada con fundamento en un precepto que fue retirado del mundo jurídico; no obstante, atendiendo los últimos pronunciamientos en sede de tutela emitidos por el Consejo de Estado, como el de fecha del 1° de febrero de 2018, según el cual, entre las disposiciones adoptadas por esa corporación, se debe acoger a aquella que resulte más beneficiosa y favorable para el trabajador, procede el reajuste de tal prestación, conforme a las normas que regulan la pensión ordinaria de jubilación de los docentes.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B, consejero ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve, en sentencia del 18 de febrero de 2010, indicó:

“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.”

En este punto es necesario hacer alusión a que el Consejo de Estado¹⁴, luego de analizar el régimen pensional de los docentes del sector oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados antes y de después de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijó las siguientes reglas de unificación jurisprudencial:

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

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho

¹⁴ Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019 del veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019). Expediente: 680012333000201500569-01. Demandante: Abadía Reynel Toloza. Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag.

régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.”

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

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

Por su parte, el artículo 3 *ibidem*, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, expuso que la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estaría constituida por los siguientes factores: *“asignación básica; gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio”*.

Asimismo, agregó que, en todo caso *“(...) las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes (...)”*.

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

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

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

Respecto a la segunda regla transicional de la mentada Ley 33 de 1985, debe advertirse que la norma aplicable vigente antes de aquella era la Ley 6ª de 1945; empero, para establecerse el monto de la prestación, se ciñe a lo dispuesto en el Decreto 1045 de 1978, norma que regía con anterioridad y que en su artículo 45, señala lo siguiente:

“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 tuvieran 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.”

2.5.3. Caso concreto

Del acápite de esta providencia sobre hechos probados se tiene que al señor Luis Rafael Espinosa Sánchez, mediante la Resolución 267 del 14 de septiembre de 1971, le fue reconocida pensión de jubilación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ordenanza 057 de 1966 expedida por la Asamblea Departamental del Tolima; igualmente, que a través de la Resolución 0013 del 10 de enero de 1996, se reliquidó la prestación por retiro definitivo del servicio, a partir del 20 de enero de 1991.

Además de lo anterior, y conforme a los documentos aportados al proceso se evidencia que el demandante, se vinculó al servicio de la docencia a orden del Departamento del Tolima desde el 1 de febrero de 1951 hasta el 20 de enero de 1991.

Ahora bien, atendiendo las decisiones emitidas a través de diversas acciones de tutela por el Consejo de Estado¹⁵, se acoge la posición más favorable de dicha Corporación en relación con la reliquidación de esta prestación, reconocida en virtud de lo dispuesto en la Ordenanza 057 de 1966, debiendo sujetarse a las disposiciones que regulan el régimen pensional de los docentes.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la Ordenanza 057 de 1966 fue declarada nula, se hace necesario establecer el régimen pensional ordinario aplicable al momento en que el demandante adquirió su status pensional, para efectos de determinar los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta para establecer el monto de la prestación.

El régimen pensional vigente para la época de adquisición del status pensional, era la Ley 6ª de 1945, y en consecuencia para establecer la base de liquidación debe tenerse en cuenta lo dispuesto en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y el 1045 de 1978; lo anterior, porque al momento de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, esto es, 13 de febrero de 1985, el demandante ya había adquirido su derecho pensional, pues, cumplió 20 años de servicio el 1 de febrero de 1971, siendo este el único requisito exigido conforme a la Ordenanza 057 de 1966.

Establecido lo anterior, se procederá a realizar el estudio de los factores enlistados taxativamente en el Decreto 1045 de 1978, norma que en su artículo 45, señala lo siguiente:

*“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 tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores*

¹⁵ Tutela del 30 de agosto del 2017 Radicación Nro. 11001-03-15-000-2017-01418-00 y Tutela de 09 de febrero de 2017, Radicación N°. 11001-03-15-000-2016-03337-00, entre otras.

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.”*

Bien, según el plenario, durante el último año de servicios, esto es del 20 de enero de 1990 al 20 de enero de 1991, el aquí demandante percibió los siguientes factores:

- Sueldo
- Sobresueldo
- Prima de alimentación
- Auxilio de transporte
- Prima de navidad

Conforme al acto de reliquidación pensional, Resolución 0013 de 1996, los factores que se tuvieron en cuenta para establecer el valor último de la prestación fueron solamente el sueldo y el sobresueldo.

Corolario, quedó demostrado que de acuerdo a los factores enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, a la entidad demandada le faltó por reconocer en el ingreso base de liquidación la prima de navidad en una doceava parte y los auxilios de alimentación y transporte.

Así, como lo dispuso el *a quo* en la decisión recurrida, se debe tener en cuenta en la liquidación pensional, además de los factores ya reconocidos (sueldo y sobresueldo), la doceava parte de la prima de navidad y el promedio de los auxilios de alimentación y transporte devengados por el demandante.

De acuerdo con lo reseñado, se tiene entonces que, en efecto, la entidad accionada, deberá pagar a favor de la parte actora las diferencias de las mesadas pensionales, entre los valores que le fueron reconocidos anteriormente y los que debe reconocer con ocasión de lo dispuesto en la presente sentencia, con sujeción a lo dispuesto sobre prescripción en el fallo recurrido.

Otra disparidad con el fallo apelado es la condena en costas en contra de la parte vencida en primera instancia.

Pues bien, de acuerdo con el artículo 188 del CPACA, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas.

Ahora bien, se advierte que en esta jurisdicción en materia de imposición de costas no se aplica el Código General del Proceso, toda vez que, del mismo artículo 188, antes referido, se desprende que se hace tal remisión solo en lo que respecta a su liquidación y ejecución.

En sentencia proferida el 1 de abril de 2016 por el Consejo de Estado, con ponencia del magistrado Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso con radicado 7001-23-33-000-2013-00065-01 promovido por el señor Ramiro Antonio Barreto Rojas contra la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, se enfatizó en que el Juez Contencioso Administrativo no está atado a los postulados dispuestos en el artículo 365 del CPG para la imposición de costas. Sobre el particular la sentencia en comento reza:

“(...) a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. (Subrayado fuera del texto)”

Con fundamento en las consideraciones antes expuestas, la misma Corporación, en sentencia de 18 de agosto de 2018 dentro del proceso con radicado 73001-23-33-000-2014-00723-01, sostuvo:

“(...) esta Sala considera que la referida normativa (se refiere al artículo 188 del CPACA) deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorable a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe (...)”.

En este orden, la imposición de costas comporta un análisis subjetivo del juez contencioso limitado solo por juicios de ponderación que pueden ir desde la temeridad hasta el cambio de precedente jurisprudencial, pasando por criterios de orden económico, entre otros.

Ahora, de acuerdo a la providencia recurrida el Juez condenó en costas a la entidad demandada, lo cual resulta razonable puesto que la parte actora debió desplegar todo un proceso judicial para el reconocimiento de un derecho subjetivo, con sustento en el ordenamiento jurídico para su concesión.

Entonces, se advierte que la decisión sobre la condena en costas proferida en primera instancia se ajustó a derecho, toda vez que la imposición de las mismas se hizo en sentencia y en contra de la parte vencida.

Corolario a lo antepuesto, no le asiste razón al recurrente respecto al cargo formulado frente a la condena en costas. Vale aclarar que respecto al monto de las agencias en derecho no se emite pronunciamiento alguno en razón a que no fue objeto de reproche.

En razón a que no prosperaron los cargos formulados en el recurso de alzada, se confirmará la sentencia de primera instancia.

2.6. Costas y agencias del derecho

Conforme al artículo 188 del CPACA, se condenará en costas a la parte demandada y a favor de la parte actora, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso.

Se fijarán las agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la demandada, en la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2.7. Otras consideraciones

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Ibagué el 19 de enero de 2021, por medio de la cual se accedió a las súplicas de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandada, conforme lo preceptuado en el artículo 188 del CPACA, para lo cual se fija el equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, como agencias en derecho. Por Secretaría liquídense.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

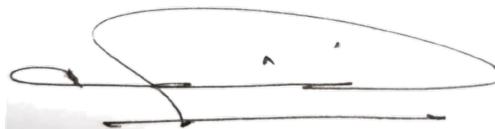
Notifíquese y cúmplase

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

Los Magistrados,



JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA



CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ



LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA

Firmado Por:

Luis Eduardo Collazos Olaya
Magistrado

Oral 001
Tribunal Administrativo De Ibaguè - Tolima

Este documento fue generado con firma electr3nica y cuenta con plena validez jur3dica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

C3digo de verificaci3n: **fc51dd460ed4de308c3800c78bf8e6cdbda70729f8b084217df8444c1ef378a1**

Documento generado en 03/12/2021 11:00:34 AM

Valide este documento electr3nico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>