

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA

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

RADICACIÓN: 73001-33-33-005-2018-00018-01
NÚMERO INTERNO: 00204/2020
MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: Lynne Dávila Skinner
APODERADA: Gandhi Arnoldo Huertas Machado
DEMANDADO: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y Departamento del Tolima.
APODERADO: Tania Hirleny Celeita Bolaños y Rafael Eduardo Hernández Barrero
REFERENCIA: Apelación Sentencia

En razón a que el tema en cuestión, se encuentra suficientemente decantado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, en recientes sentencias de unificación, procede la Sala¹ a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la **Sentencia del 18 de diciembre de 2019**, proferida por el **Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué**, dentro del proceso promovido por **Lynne Dávila Skinner** contra la **Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y departamento del Tolima**, que negó las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES.

La demanda. (fls. 41 a 42 del cuaderno principal).

Lynne Dávila Skinner, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del C. de P. A. y de lo C. A., pretende la nulidad del **i. oficio número 689 del 14 de abril de 2015**, expedido por la Directora del Fondo Territorial de Pensiones de la Gobernación del

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

Tolima, que negó el ajuste, revisión y/o reliquidación de la pensión de jubilación, en cuanto la inclusión de factores salariales en el ingreso base de liquidación pensional devengados en el último año de servicio como **docente**, como fueron: **prima de vacaciones y prima de navidad**; ii. Resolución número 0168 del 3 de julio de 2015 expedida por el Gobernador del Tolima, que resolvió el recurso de apelación en contra del oficio número 689 de 2015, confirmándolo.

A título de restablecimiento del derecho, solicita ordenar a la accionada, a favor de la parte accionante:

- Se ordene al departamento del Tolima a efectuar la revisión y reliquidación de la pensión de jubilación de la actora por retiro definitivo del servicio oficial, incluyéndole en el Ingreso Base de Reliquidación Pensional, no solamente el sueldo, sino también la prima de vacaciones y la prima de navidad, y todos los demás factores salariales que no se le tuvieron en cuenta para la cuantificación de su mesada pensional y por ende reajustar e incrementar las mesadas de su pensión de jubilación, producto de la inclusión de los factores salariales en cita, junto con el retroactivo pertinente y con los acrecimientos que se causen durante el proceso y hasta que se haga efectiva la sentencia.
- Se ordene a la entidad cancelar las diferencias que existe entre el valor que el ente demandado le reconoció a la actora, por concepto de pensión de jubilación y la suma que verdaderamente le correspondía, incluida la indexación y los ajustes e intereses que confiere la ley, liquidados mes a mes, más los acrecimientos que se causen durante el proceso y hasta que se haga efectiva la sentencia.
- Condenar al Departamento del Tolima a pagar las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor de dichas sumas conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor.
- Que se ordene que, se descuenta del retroactivo el valor de los aportes para pensión, sobre los factores salariales reconocidos en la sentencia, únicamente a partir de los 3 años atrás de la fecha de agotamiento de la vía gubernativa.
- Se dé cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C. de P. A y de lo C.A.
- Se condene al pago de intereses moratorios.

Como sustrato fáctico, las súplicas formuladas admiten el siguiente resumen de:

Hechos. (fls. 42 a 44 del cuaderno principal).

La accionante manifestó ser pensionada por el Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones conforme resolución número 0341 del 9 de marzo de 1987, retroactiva al 1 de julio de 1986, fecha en la cual adquirió su derecho. Que su último año de servicio docente comprendió desde el 30 de enero del 2001 al 29 de enero del 2002, habiendo devengado los siguientes haberes laborales: Sueldo: \$1.388.892; Prima de Vacaciones \$646.985 y Prima de Navidad de \$ 1.347.885.

Indicó que mediante resolución número 0540 del 4 de junio de 2002 la Secretaria Administrativa de la Gobernación del Tolima reliquidó la pensión de jubilación en el equivalente al 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, en cuanto al sueldo se refiere, pero sin incluirle en el ingreso base de reliquidación pensional las doceavas partes de las primas de vacaciones y navidad.

Que el 24 de marzo de 2015 solicitó al Departamento del Tolima la reliquidación de la pensión de jubilación, para que se le incluyera en el ingreso base de liquidación pensional, todos los factores salariales devengados y percibidos en el año inmediatamente anterior al retiro definitivo del servicio docente oficial; solicitud resuelta mediante oficio número 689 del 14 de abril de 2015 expedida por la Directora del Fondo Territorial de Pensiones de la Gobernación del Tolima, en donde negó el derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación, solicitada en cuanto a la inclusión de factores salariales percibidos en el último año de servicios docentes, decisión apelada. Mediante Resolución número 0168 del 3 de julio de 2015 expedida por el Gobernador del Tolima, se confirmó el oficio número 689 del 14 de abril de 2015.

Expresó que al 13 de febrero de 1985 fecha en la cual entró a regir la Ley 33 de 1985, la docente demandante tenía más de 15 años al servicio del Estado y estaba próxima a ser pensionada por el Departamento del Tolima y continuar ejerciendo sus funciones como docente pensionada activa al servicio del Magisterio.

Normas violadas y concepto de la violación.

Señaló que se violaron las siguientes disposiciones: Constitución Política, artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 48, 58, 209. Artículo 5 de la Ley 171 de 1961; Artículo 4 de la Ley 4 de 1966; Artículo 5 del Decreto 1743 de 1966 y artículo 73 del Decreto 1848 de 1969

Concepto de violación. (fls. 47 a 61 del cuaderno principal)

La parte accionante expresamente señaló que, el Departamento del Tolima al producir el acto administrativo acusado y el silencio administrativo negativo del acto ficto o presunto, violó las disposiciones de la Constitución Política como lo son los principios de Seguridad Social, Solidaridad, Eficiencia y Universalidad, aplicación de principios basadas en el artículo 2 ibidem que indica como uno de los fines del estado "garantizar la efectividad de los principios" y que doctrinariamente sirve para comprender el sistema de principios la Teoría del Derecho de Ronald Dworkin y la Teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy.

Resaltó que en desarrollo de lo anterior, resulta perentorio la aplicación del principio de la favorabilidad o principio pro operario, en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes del trabajo, prevaleciendo la más favorable al trabajador, que para el caso en concreto es la aplicación de las doceavas partes sobre todos los factores salariales, desconocimiento expuesto por el Departamento del Tolima al denegar la inclusión de las doceavas partes de todos los factores salariales que devengaba la actora en su pensión de jubilación.

Además, expresó que la actora tiene derecho a que se le revise, reliquide y/o actualice su pensión de jubilación, teniendo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicios anterior al momento en que adquirió el status pensionado, tales como prima de vacaciones y prima de navidad

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Corrido el traslado de la demanda, de conformidad con lo ordenado por auto del 12 de febrero de 2018 (fl. 69 del cuaderno principal), el término de traslado corrió del 15

2ª Instancia N/R

Radicado: 73001-33-33-005-2018-00018-01

De: Lynne Dávila Skinner

Contra: Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima

Referencia: Apelación de sentencia

de junio de 2020 al 30 de julio de 2018 (fl. 137 del cuaderno principal). El Departamento del Tolima, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contestaron la demanda.

Departamento del Tolima. (fls. 114 a 119 del cuaderno principal).

Por intermedio de apoderado judicial, mediante escrito remitido el 12 de julio de 2018 solicitó se denieguen las súplicas de la demanda, argumentando que la pensión reconocida a la señora Lynne Dávila Skinner fue con fundamento en la ordenanza número 057 de 1996 emanada de la Asamblea Departamental del Tolima, la cual fue anulada por el Tribunal Administrativo del Tolima, confirmada por el Consejo de Estado mediante sentencia del 29 de noviembre de 1993.

Concluyó que, respecto a la reliquidación de la pensión de jubilación de la solicitante 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 1996, Ley 33 de 1985 o Decreto Ley 1045 de 1978, puesto 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.

Además, que habiéndosele otorgado a la docente nacionalizada su pensión de jubilación en virtud del artículo 25 de la Ordenanza 057 de 1996 (declarada nula por el juez contencioso administrativo), 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.

Propuso como excepción la de prescripción.

La Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. (fls. 125 a 136 del cuaderno principal).

A través de apoderada judicial, presentó escrito de fecha 30 de julio de 2018 en el que se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones y condenas de la demanda.

Como fundamento de su escrito indicó, que los actos administrativos se ajustan a derecho ya que la prestación fue reconocida en debida forma siguiendo los lineamientos de la Ley 33 de 1985, Ley 91 de 1989, Ley 812 de 2003, Decreto 3752 de 2003 y Decreto 1158 de 1998, normas según las cuales no hay lugar al reconocimiento de los factores salariales que el actor reclama, pues las normas establecen que solo pueden incluirse los factores que sirvieron de base para efectuar aportes a pensión, siendo estos los señalados en el Decreto 1158 de 1998, por lo que acceder a tal pretensión sería contrario al ordenamiento jurídico.

Propuso como excepciones las de i. Inexistencia del derecho a reclamar, ii. Buena fe, iii. Prescripción, iv. Inexistencia de la vulneración de principios legales, v.

Innominadas.

Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

El pasado 9 de diciembre de 2021, a través de correo institucional se allega intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado- “ANDJE” (Folios 273 al 288 de cuaderno principal), en el que solicitó que, teniendo en cuenta el problema jurídico que se plantea en esta demanda ya ha sido resuelta por el Consejo de Estado en la sentencia de Unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, lo que resta es verificar en el expediente la prueba documental que acredite la fecha de vinculación del docente al servicio público educativo y los factores sobre los cuales efectivamente realizó el respectivo aporte o cotización para determinar el régimen pensional aplicable y el Ingreso Base de Liquidación.

LA SENTENCIA APELADA.

Mediante sentencia fechada 18 de diciembre de 2019 (fls. 189 a 195 del cuaderno principal), el Juez Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, resolvió **i.** Declarar no probadas las excepciones propuestas por las entidades accionadas y **ii.** negar las pretensiones de la demanda.

Como argumento de su decisión, expresó que comprobado está dentro del sub-examine con la certificación expedida por la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, que la señora Lynne Dávila Skinner devengó durante el último año de servicios (2001-2002), los factores salariales de **i.** Asignación básica, **ii.** Prima de navidad, y **iii.** Prima de vacaciones. Además, que la demandante cumplió el primer supuesto del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, por lo que se hace precedente tener como edad de retiro la establecida para los servidores públicos de sexo femenino de dicha ley, sin perder de vista que la pensión de jubilación contemplada en la Ordenanza 57 de 1966 se reconocía tras 20 años de servicios continuos o discontinuos a cualquier edad. Asimismo, la reliquidación de su pensión procede con el 75% del salario devengado en el año anterior al retiro del servicio, incluyendo los factores salariales devengados en dicho lapso y relacionados en la Ley 62 de 1985. Lo anterior, a la luz de la Sentencia de unificación² del 25 de abril de 2019 proferida por el Consejo de Estado.

Indicó que, a la demandante debieron tenerse en cuenta únicamente los factores salariales contemplados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 que subrogó la Ley 33 de 1985, y que conforme a la normatividad aplicable, no le asiste derecho a la accionante para que la entidad reliquide la pensión incluyendo como factores pensiones la prima de navidad y prima de vacaciones devengadas durante el año inmediatamente anterior al retiro del servicio, conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

La apelación (fls. 200 a 211 del cuaderno principal).

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte demandante apeló la sentencia de primera instancia, indicando que la Sentencia 0143 de 2018 excluyó de dicho criterio unificador a los docentes, además, que los docentes si tienen un

² Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS; Sentencia de Unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, Expediente: 680012333000201500569-01 (0935-2017), Demandante: Abadía Reynel Toloza, Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag.

2ª Instancia N/R

Radicado: 73001-33-33-005-2018-00018-01

De: Lynne Dávila Skinner

Contra: Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima

Referencia: Apelación de sentencia

régimen especial de pensiones por mandato de la Ley General de Educación - Ley 115 de 1994.

Resaltó que el *a quo* se equivoca al asimilar a los pensionados docentes vinculados antes de la Ley 91 de 1989, a empleados oficiales del sector público nacional aplicándoles la Ley 33 y 62 de 1985, para con ellos unificar jurisprudencia en la Sentencia SUJ 014 de 25 de abril de 2019 y la SUJ 0143 del 28 de agosto de 2018, pues como se estableció su vinculación fue el 30 de junio de 1966 habiendo adquirido su status el 1 de julio de 1966, es decir, antes de la vigencia de la Ley a la que se hizo referencia en primera instancia, mal pudiendo entonces retrotraer la aplicación de dicha interpretación a los docentes que laboraban desde antes, e igualarlos con los docentes vinculados desde la Ley 91 de 1989. Que resulta contrario a la ley pretender que las leyes 33 y 62 de 1985 hayan modificado el régimen especial de los docentes, normas e índole general, que regularon el régimen prestacional de los servidores públicos y modifiquen las normas especiales que gobiernen a los docentes.

Expresó que, en este debate es evidente que se configuran los dos elementos señalados en fundamento 22 de la sentencia, que hacen necesario que se resuelva el caso a partir del principio de favorabilidad, toda vez que existe una duda seria y objetiva que obliga a los jueces elegir entre dos interpretaciones jurídicas, y que existe una plena concurrencia de interpretación para dar solución al caso.

Concluyó manifestando que aquellos docentes a quienes tengan aprobada la pensión de jubilación al tenor de la Ordenanza 057 de 1996 se le debe reliquidar dicha pensión en aplicación de los principios de igualdad y favorabilidad en materia laboral. Solicitó revocar en su integridad la sentencia de primera instancia.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 30 de septiembre de 2020 (fls. 218 a 221 del cuaderno principal), se admitió el recurso de apelación, para lo cual se ordenó notificar a las partes y a los intervinientes -Agente del Ministerio Público y Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado; con auto de sustanciación del 20 de octubre de 2020 se corre traslado a las partes e intervinientes para que presenten sus alegatos por escrito, asimismo para que, una vez vencido este término, se corre traslado al Agente del Ministerio Público para que emita su concepto.

Alegatos de conclusión.

De la parte demandante (fls. 250 a 256 del cuaderno principal).

En escrito remitido vía correo electrónico el 28 de octubre de 2020 el apoderado de la parte demandante presentó alegatos de conclusión, reiterando los argumentos expuestos en la demanda y en el escrito de impugnación contra el fallo de primera instancia.

Departamento del Tolima. (fl. 260 del cuaderno principal).

Presentó escrito ratificando lo expuesto en la contestación de la demanda, indicando que la demandante no tiene derecho a que su mesada pensional sea reajustada o re liquidada, con la inclusión de los factores reclamados.

2ª Instancia N/R

Radicado: 73001-33-33-005-2018-00018-01

De: Lynne Dávila Skinner

Contra: Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima

Referencia: Apelación de sentencia

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. (fls. 267 a 269 del cuaderno principal).

Presentó escrito realizando un recuento normativo respecto el pago mensual de la pensión; precisó que la sentencia de unificación se dejó claro su efecto es retrospectivo, por lo cual aplica de forma obligatoria a todos los casos. Solicitó negar las súplicas del recurso de apelación.

Del Ministerio público.

El agente del ministerio público no presentó concepto.

CONSIDERACIONES

Competencia.

Este tribunal es competente para conocer de la presente apelación de conformidad con los artículos 104 -Inc. 1º.-, 153 y 243 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; pues se cuestiona una sentencia proferida por un Juez del Circuito Administrativo de Ibagué en la que es parte una entidad pública, por causa de una actuación sujeta al derecho administrativo.

Es importante esclarecer que, el límite competencial del *ad quem* en la resolución del conflicto lo marca el **libelo impugnatorio**, como tantas veces se reconoce en la jurisprudencia³ y lo tiene definido el Legislador -artículos 320 y 328 del Código General del Proceso y artículo 306 de la Ley 1437 de 2011-; lo anterior, sin perjuicio de los deberes que se imponen al Juez Especializado de lo Contencioso para aplicar las disposiciones que rigen nuestra jurisdicción.

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

Problema jurídico.

En virtud de lo expuesto, la Sala entrará a analizar si confirma o revoca la sentencia de primera instancia, y en consecuencia si la demandante Lynne Dávila Skinner tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación, incluyendo en el ingreso base de reliquidación pensional, todos los haberes devengados en el último año de servicio, tales como Prima de Vacaciones y Prima de Navidad, factores que no se le tuvieron en cuenta para la cuantificación de la mencionada reliquidación, lo que implica el incremento de la mesada con los acrecimientos que se causen durante el

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ; Sentencia de Unificación jurisprudencial del 9 de febrero de 2012, Radicación número: 50001-23-31-000-1997-06093-01 (21060), Actor: Reinaldo Idárraga Valencia y otros, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa – Ejército, Referencial.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ; Sentencia del 22 de noviembre de 2018, Radicación número: 08001-23-33-000-2014-01649-01 (2275-16), Actor: Jennifer Sarmiento Sossa, Demandado: Ministerio de Defensa, Policía Nacional, Dirección de Sanidad de la Policía y Clínica de la Policía Nacional.

2ª Instancia N/R

Radicado: 73001-33-33-005-2018-00018-01

De: Lynne Dávila Skinner

Contra: Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima

Referencia: Apelación de sentencia

proceso y hasta que se haga efectiva la sentencia.

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

En la apelación no se advierte contradicción con los hechos que dieron lugar al acto pensional; por lo tanto, no es objeto de cuestionamiento que a través de la **i. Resolución número 198 del 9 de marzo de 1985** (fl. 5 del cuaderno principal), la Secretaría de Educación del Tolima (hoy Departamento del Tolima - Fondo Territorial de Pensiones), actuando de acuerdo con el artículo 26 de la Ordenanza 057 de 1996 de la Asamblea Departamental del Tolima, le reconoció a Lynne Dávila Skinner la pensión de jubilación, **ii. Resolución número 050 del 4 de junio de 2002** "Por medio de la cual se reliquida una pensión mensual vitalicia de jubilación a LYNNE DÁVILA SKINNER" (fls. 6 a 9 del cuaderno principal) la Secretaría Administrativa de la Gobernación del Tolima reliquidó la pensión mensual vitalicia de jubilación reconocida a la Lynne Dávila Skinner, teniendo en cuenta el equivalente al 75% del promedio mensual de los haberes devengados durante el último año de servicio, **iii.** el 24 de marzo de 2015 (fls. 10 a 17 del cuaderno principal), mediante apoderado, la actora solicitó al gobernador del Tolima la reliquidación de la pensión de jubilación, incluyendo en el ingreso base de liquidación pensional, además del sueldo, todos los factores salariales devengados en el último año de servicio docente; **iv.** petición que fue resuelta de manera negativa mediante oficio número 689 del 14 de abril de 2015, expedida por la Directora Fondo Territorial de Pensiones (fls. 19 a 26), y **v.** mediante resolución número 0168 del 3 de julio de 2015 "Por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación", expedida por el Gobernador del Tolima (fls. 27 a 33), se confirmó el contenido del oficio número 689 del 14 de abril de 2015.

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

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

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

"TÍTULO V.

DEMANDA Y PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

CAPÍTULO I.

CAPACIDAD, REPRESENTACIÓN Y DERECHO DE POSTULACIÓN.

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

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

produjo el hecho.

(...)

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

Como la personería jurídica⁴ supone la existencia de capacidad suficiente para ejercer derechos, contraer obligaciones y realizar actividades que generan plena responsabilidad jurídica, frente a sí mismos y frente a terceros, es palmario que cuando la normatividad no le otorga dicha personalidad al Fondo, está definiendo, así mismo, que la representación de dicha función pública la deben ejercer otros entes a los cuales estén relacionados; para el caso concreto, el Departamento del Tolima por expresa disposición legal.

Así que en esta clase de asuntos resulta imperioso vincular al Departamento del Tolima, quien maneja la cuenta especial adscrita al Fondo Territorial de Pensiones; pues la pretensión va dirigida contra dicho Fondo y quien tiene su manejo es el Departamento del Tolima.

Jurisprudencia en materia laboral, relativa al caso de la Ordenanza 057 de 1966 expedida por la Asamblea Departamental del Tolima.

Frente a las pensiones de jubilación expedida con base en la Ordenanza 057 de 1966 expedida por la Asamblea Departamental del Tolima, la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha seguido una línea jurisprudencial, basada en dos tesis divergentes pero razonables, las cuales fueron resueltas recientemente por la vía constitucional, a través de la Sección Cuarta en sentencias de tutela como la del 10 de mayo de 2018, Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01222-01(AC), Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO que consigna:

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

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

“Conforme a lo expuesto, si la reliquidación de la pensión a la que aspira el demandante tiene su fundamento en lo establecido por la Asamblea del Tolima, y tal acto por ser contrario a la Constitución fue declarado nulo por esta jurisdicción, la petición no puede prosperar(...).

En estas condiciones mal podría la Sala reconocer un emolumento con base en una norma que ya fue declarada nula. En otras palabras, la Ordenanza no le sirve al

⁴ El artículo 633 del Código Civil, denomina a la persona jurídica *“una persona ficticia, capaz de ejercer derechos, contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”*, esto es, no son personas jurídicas todos los órganos del Estado, y en el caso de marras, así cumpla funciones estatales el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por ser apenas una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, pero sin personería jurídica; debe comparecer a juicio a través del Ministerio de Educación Nacional que es el Ministerio al cual está adscrita la función encomendada para manejar sus recursos.

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

demandante de sustento de su pretensión. La administración en el acto administrativo demandado negó el derecho al peticionario, entre otros, bajo el argumento de que la liquidación pensional se efectuó con fundamento en la Ordenanza 57 de 1966. El estudio de legalidad del acto conforme a los argumentos que expresa el demandante y que adujo ante la administración, tendientes a que se incluyan en su liquidación todos los sueldos devengados en el último año de servicios, incluidos la prima de navidad y académica, implicaría para la Sala, necesariamente, revisar la decisión acusada a la luz de la disposición ordenanza que sirvió de sustento al acto de reconocimiento y liquidación de la prestación, disposición que ya ha desaparecido del ordenamiento jurídico, motivo por el cual no están llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda". (Subrayas y negrillas de la Sala).

La misma Subsección, al resolver un asunto con los mismos supuestos fácticos en sentencia de 18 de febrero de 2010⁶, consideró que a pesar de que la pensión ha sido reconocida en los términos de la Ordenanza 057 de 1966, para efectos de su reliquidación se sujeta a las normas que regulan la pensión ordinaria de jubilación de los docentes. En lo fundamental señaló:

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

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

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 y negrilla de la Sala).

Es más, esta tesis ya había sido esbozada por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 24 de abril de 1997, en la que se 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

⁶ "Radicación No. 73001233100020040250901 (1874-2007), CP. Gerardo Arenas Monsalve. Actor: Ana Lindelia Valderrama Parra. Demandado: Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones."

⁷ "Expediente 13.005, CP. Dolly Pedraza de Arenas".

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”.

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

Con base en las razones expuestas, la Sala concluye que no existe desconocimiento del precedente judicial, en tanto al no existir una sentencia de unificación jurisprudencial sobre la materia en la Sección Segunda del Consejo de Estado, sino dos posiciones divergentes pero razonables sobre el mismo punto de derecho, es claro que la autoridad judicial demandada no vulneró los derechos fundamentales de los actores por el hecho de haber acogido la tesis expuesta en la sentencia del 7 de junio de 2007, y las decisiones del mismo Tribunal Administrativo del Tolima que, en casos iguales y con apego a esa tesis, habían negado la reliquidación.

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

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

La Corte Constitucional ha señalado que al existir dos posiciones contrarias pero razonables frente al mismo tema por parte del Consejo de Estado, órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, los Tribunales deben hacer uso de los poderes constitucionales y legales para la defensa de los derechos fundamentales, para considerar las circunstancias más favorables existentes sobre la materia sometida a su juicio, de lo contrario incurrir en violación directa del artículo 53 de la Constitución Política⁸.

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

Al aplicar las anteriores consideraciones al asunto debatido, se observa que de las dos interpretaciones posibles frente a la reliquidación de las pensiones originadas en la

⁸ En el caso que revisó la Corte Constitucional en sentencia T-783 de 2014, que mutatis mutandis aplica para el presente asunto, dijo que si bien el Tribunal Administrativo del Cauca no incurría en desconocimiento de precedente judicial, al no existir un criterio unificado de la Sección Segunda del Consejo de Estado frente al tema de la prescripción para reclamar la prima de actualización, sí incurría en violación directa de la Constitución, vulneración del artículo 53 Superior, cuando optó por el criterio menos favorable para definir el derecho pretendido por el demandante.

Ordenanza 057 de 1966, una defendida por la sentencia del 7 de junio de 2007 y la otra por el fallo del 18 de febrero de 2010, la más favorable al trabajador es la interpretación amplia asumida por esta Corporación en la providencia del 2010, por lo que, según el artículo 53 de la Constitución, en conjunción con el artículo 4 ibídem, es la que deben seguir todas las autoridades públicas al desarrollar los principios y derechos constitucionales. A lo anterior se suma que, el precedente constitucional en vigor es vinculante para todos los funcionarios judiciales, con el propósito de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos y la igualdad en la aplicación de la ley.

La Ordenanza 057 de 1996 y su trato jurisprudencial.

Si bien, en cumplimiento de diversas órdenes de tutela, algunas salas de decisión de esta Corporación venían accediendo a la reliquidación pensional de los docentes que se hicieron acreedores a dicho beneficio pensional en razón de lo normado en la Ordenanza 057 de 1966, con fundamento en la transición establecida en la Ley 33 de 1985, dicha postura obligatoriamente debe ser reorientada, en razón a los recientes pronunciamientos jurisprudenciales que sobre la mentada transición ha acogido el H. Consejo de Estado, y que inevitablemente conducen a variar la posición que se venía acogiendo sobre el particular.

Bajo ese entendido y conforme a la nueva postura adoptada por nuestro Superior Jerárquico, en relación con el régimen de transición de la Ley 33 de 1985, considero acertada la decisión del Juzgado de Instancia al negar la reliquidación pensional pretendida, por cuanto el reconocimiento pensional del demandante, si bien debía regirse por las disposiciones anteriores a la precitada Ley 33 de 1985, ellos sólo comprende lo concerniente a la edad y tiempo de servicios, pues en relación con el IBL y los factores salariales base de liquidación, quedó claramente expuesto que ellos no hacen parte de la transición y por ende estos últimos debían reconocerse con conforme a los factores enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, norma esta que determinó puntualmente cuáles son los factores salariales sobre los cuales el beneficiario de la pensión debe realizar los correspondientes aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones.

En efecto, a través de la Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fijó la regla y las subreglas sobre el Ingreso Base de Liquidación en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y se precisó igualmente que la regla establecida en esa providencia, así como la primera subregla, “no cubre a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, entre otras razones, porque conforme al artículo 279 ibídem, a dichos servidores no se aplica dicha legislación en materia pensional.

Sin embargo, se hizo mención a la normativa aplicable a los docentes concretamente, al Literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

La segunda subregla fijada en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 sobre los factores que se deben tener en cuenta para liquidar las pensiones en el régimen general previsto en la Ley 33 de 1985, en el sentido que solo se incluyen

aquellos sobre los que se haya realizado el aporte o cotización, es una norma jurídica o regla de interpretación que contiene una tesis distinta a la que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010.

Esa postura interpretativa que adoptó la Sección Segunda de nuestro órgano de cierre jurisdiccional sobre la inclusión de la totalidad de los factores salariales en la base de liquidación, se venía aplicando al resolver los asuntos sobre pensión de jubilación de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que habían consolidado su estatus pensional en las condiciones previstas en el régimen general de la Ley 33 de 1985, según lo dispuesto en la Ley 91 de 1989.

En este orden de ideas, el Consejo de Estado empezó por definir, si el criterio de interpretación que adoptó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de 28 de agosto de 2018 sobre los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación, bajo el régimen general de la citada Ley 33 de 1985, aplica de igual manera para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes prevista en la Ley 91 de 1989.

De acuerdo con la tesis reiterada de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre el régimen de pensiones para los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio exceptuados del Sistema General de Pensiones, esta clase de servidores públicos no gozan de un régimen especial de jubilación, pues ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 **así lo establecieron, y tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994 que ratificó el régimen de jubilación previsto en la Ley 33 de 1985, como norma aplicable para los docentes nacionales.**

En relación con la aplicación de Régimen de Transición establecido en la Ley 33 de 1985, había sido postura del Tribunal Administrativo con fundamento en lo enseñado por el Consejo de Estado, que la aplicación del régimen anterior debía hacerse en su integridad, incluyendo no sólo el IBL, sino también los factores salariales base de liquidación pensional, bajo el principio de favorabilidad.

No obstante, fue necesario para esta Sala, reorientar tal posición, ya que, si bien, en un primer momento la jurisprudencia le dio un alcance más amplio al régimen de transición previsto en el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, debe tenerse en cuenta que recientemente las subsecciones que integran la Sección Segunda del Consejo de Estado han adoptado una postura distinta frente a esa situación, en el sentido de que ese beneficio sólo puede aplicarse únicamente para lo relacionado con la edad.

Pese a que la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante sentencias del 26 de febrero de 2009, radicado: 25000-23-25-000-2003-08992-01⁹; 20 de octubre de 2015, radicado 15001-23-31-000-1997-17518-01¹⁰; 25 de febrero de 2016, radicado 25000-23-

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, 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.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO; Sentencia del 20 de octubre de 2005, Radicación número: 15001-23-31-000-1997-17518-01 (3701-04), Actor: José Plácido García Jimenez, Demandado: Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal.

42-000-2013-01541-01¹¹; 31 de enero de 2019, radicado 41001-23-31-000-2012-00101-01¹²; y 16 de diciembre de 2019, radicado No. 11001-03-15-000-2019-04813-00¹³, determinó que el régimen de transición previsto en la Ley 33 de 1985 no habilitó únicamente la observancia del régimen anterior en cuanto a la edad, sino también acerca de los factores salariales para la liquidación del derecho pensional, debe tenerse en cuenta que en sentencias proferidas más recientemente por la misma Sección Segunda se ha variado aquella postura.

Reiteración del cambio de postura de la Sala de Decisión.

Es pacífica y reiterada la doctrina judicial entendida como que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no gozan de un régimen especial de jubilación¹⁴ pues para los efectos, gozan del mismo régimen ordinario pensional previsto para los demás servidores públicos.

A partir de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado¹⁵ en el análisis del régimen de transición de las Leyes 33 de 1985 y 100 de 1993, se devela la real intención del legislador de distinguir expresamente qué aspecto protegía respecto de la norma anterior, sustentada en su libertad de configuración normativa, porque resulta ser la interpretación que de mejor forma se acopla a los principios constitucionales de 1991, según los cuales la pensión se liquida con los factores efectivamente cotizados por el componente de solidaridad que informa la prestación pensional moderna para garantizar la sostenibilidad de dicho sistema -artículo 48 superior-, mejor explicado por los "*principios de solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera para garantizar*

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Segunda, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE; Sentencia del 25 de febrero de 2016, Radicación número: 25000-23-42-000-2013-01541-01 (4683-13), Actor: Rosa Ernestina Agudelo Rincón, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, y la Universidad Pedagógica Nacional.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ; Sentencia del 31 de enero de 2019, Radicación número 41001-23-31-000-2012-00101-01 (1145-16), Actor: Pablo Emilio Flórez González, Demandado: Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA; Sentencia del 16 de diciembre de 2019, Radicación número: 11001-03-15-000-2019-0-4813-00, Actor: Luis Cecilia Gálvez Linares, Demandado: Tribunal Administrativo del Tolima.

¹⁴ Ver en jurisprudencia que es multitud: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B"; Sentencias de 14 de febrero de 2013, Rad.: 25000-23-25-000-2010-01073-01 (1048-12); 17 de noviembre de 2011, Rad.: 15001-23-31-000-2005-00766-01 (1201-11); 23 de junio de 2011, Rad.: 25000-23-25-000-2009-00627-01 (0007-11).

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS; Sentencia del 25 de abril de 2019, Radicación número: 68001-23-33-000-2015-00569-01 (0935-17) SUJ-014-CE-S2-19, Actor: Abadía Reynel Toloza, Demandado: Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG, Sentencia de unificación, Sentencia SUJ-014-CE-S2-2019, Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Tema: Ingreso base de liquidación en el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio / Docentes exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social no son sujetos de la transición pensional. Su régimen es el previsto en la Ley 91 de 1989¹⁵/ Docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003: Régimen de Prima Media del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 ídem y el Acto Legislativo 01 de 2005, Ley 1437 de 2011.

2ª Instancia N/R

Radicado: 73001-33-33-005-2018-00018-01

De: Lynne Dávila Skinner

Contra: Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima

Referencia: Apelación de sentencia

la viabilidad futura del Sistema General de Pensiones; máxime teniendo en cuenta que el periodo de transición abarcaría varias décadas^{16''17}.

Así las cosas, queda claro que el régimen de transición de la Ley 33 de 1985 fue previsto para quienes hayan cumplido quince años continuos o discontinuos de servicio, **continuarán únicamente con aplicación de las disposiciones sobre edad de jubilación** que regían con anterioridad a la citada ley¹⁸; mientras que para el régimen de la Ley 100 de 1993, perviven los criterios relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo; **pues se reiteran, acá no se incluye el Ingreso Base de Liquidación.**

Ello no desconoce sino que exacerba la interpretación de la Corte Constitucional **C-258 de 2013**¹⁹, **T-078-14**²⁰, **A-326-14**²¹, **SU-230 de 15**²², **SU-427-16**²³ y **A-229-17**²⁴ sobre

¹⁶ En virtud del Acto Legislativo No. 1 de 2005, la aplicabilidad del régimen de transición corrió hasta el 31 de julio de 2010, o, excepcionalmente, hasta el 31 de diciembre de 2014, en el caso que los beneficiarios contaran con 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios al momento de la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS; Sentencia de agosto 28 de 2018, Radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01 (IJ), Actor: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro, Demandado: Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. En Liquidación.

¹⁸ En lo que respecta al tiempo o número de semanas cotizadas, monto y factores a incluir deberá atenderse a lo dispuesto en sistema de seguridad pensional vigente a la fecha de la causación de la prestación vitalicia (Ley 33 y 62 de 1985), esto es, 20 años de servicios y 75% del promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

¹⁹ Referencia: expediente D-9173 y D-9183, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, Demandantes: Germán Calderón España y Dionisio Enrique Araujo Angulo, Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB; Sentencia del 7 de mayo de 2013.

La sentencia de constitucionalidad **C-258 de 2013**, fue publicada el **14 de junio de 2013**.

²⁰ Referencia: Expedientes T- 4.049.473, Fallos de tutela objeto revisión: Sentencia del 26 de junio de 2013 del Consejo Superior de la Judicatura –Sala Jurisdiccional Disciplinaria-, que confirmó la sentencia del 1 de noviembre de 2012 del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá -Sala Jurisdiccional Disciplinaria-, Accionante: Miguel Santos García Ramírez, Accionados: Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral- y la Caja de Previsión Social de Comunicaciones -CAPRECOM-, Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Luís Guillermo Guerrero Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Magistrado ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

²¹ **Auto 326/14 (Bogotá, D.C., Octubre 16)**, Referencia: Solicitud de nulidad de la Sentencia T-078 de 2014, Expediente T-4.049.473, Accionante: Miguel Santos Ramírez García, Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

²² Referencia: Expediente T-3.558.256, Acción de tutela instaurada por el señor Salomón Cicerón Quintero Rodríguez en contra de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el Banco Popular S.A., Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB; Sentencia del 29 de abril de 2015.

La sentencia de unificación **SU-230 de 29 de abril de 2015**, según el Jefe de Sistemas de la Corte Constitucional fue publicada el 6 de julio de 2015 a las 12:42 p.m.

²³ Referencia: Expediente T-5.161.230, Acción de tutela interpuesta por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP- contra la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y otro, Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ; Sentencia del 11 de agosto de 2016.

²⁴ Referencia: Solicitud de nulidad de la Sentencia T-615 de 2016, Magistrado Ponente (E) JOSÉ ANTONIO CEPEDA AMARÍS; Sentencia del 10 de mayo de 2017.

2ª Instancia N/R

Radicado: 73001-33-33-005-2018-00018-01

De: Lynne Dávila Skinner

Contra: Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima

Referencia: Apelación de sentencia

sobre el alcance del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en lo que respecta a la aplicación del Ingreso Base de Liquidación pensional de quienes accedieron al *status* con ocasión del régimen de transición autorizado por el Legislador de 1993 y la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado de 28 de agosto de 2018, teniendo en cuenta que los supuestos que se estudian en las citadas sentencias, se asimilan al de la parte accionante.

Con respecto a este punto, es importante mencionar que en reciente jurisprudencia²⁵, el Consejo de Estado viene reiterando la postura; en cuanto precisa que se aplicará a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Análisis de la Sala

En el caso sometido a consideración de la Sala de decisión, la accionante pretende la nulidad del oficio número 689 del 14 de abril de 2015 expedido por la directora del Fondo Territorial de Pensiones de la Gobernación del Tolima y la Resolución 0168 del 3 de julio de 2015 expedida por el Gobernador del Departamento del Tolima. Como consecuencia de lo anterior, solicita se ordene al Departamento del Tolima a reliquidar la pensión de jubilación de la señora Lynne Dávila Skinner por retiro definitivo del servicio oficial, incluyéndole en el Ingreso Base de Reliquidación Pensional además del sueldo, la **Prima de Vacaciones** y la **Prima de Navidad** y todos los demás factores salariales que no se le tuvieron en cuenta para la cuantificación de su mesada pensional, y por ende reajustar e incrementar las mesadas de su pensión de jubilación, producto de la inclusión de los factores salariales.

El Juez Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, en sentencia del 18 de diciembre de 2019 resolvió negar las pretensiones de la demanda, expresando que a

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ; Sentencia del 31 de enero de 2019, SE.008, Radicado: 41001233100020120010101 (1145-2016), Actor: Pablo Emilio Flórez González, Demandado: Nación, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Decreto 01 de 1984.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ; Sentencia del 2 de julio de 2020, Radicación número: 25000-23-42-000-2016-03057-01 (6158-18), Actor: Stella Inés Herrera de Añez, Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones, Referencia: Nulidad y Restablecimiento del derecho, Tema: Reliquidación pensión de jubilación - Beneficiario transición parágrafo 2 artículo 1.º Ley 33 de 1985. Prerrogativa solo edad de norma anterior. Tasa de reemplazo más favorable artículo 34 Ley 100 de 1993, Sentencia Segunda Instancia, Ley 1437 de 2011, O-207-2020.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ; Sentencia del 30 de abril de 2020, Radicación número: 41001-23-33-000-2013-00297-01 (2492-14), Actor: Leonardo Vidal Ortega, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - U.G.P.P., Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Tema: Reliquidación pensión de jubilación - Régimen general, Sentencia de Segunda Instancia / Ley 1437 de 2011.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; Sentencia del 26 de junio de 2020, Radicación número: 25000-23-42-000-2013-03453-01 (3290-18), Actor: Amparo Hurtado de Trespacios, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP, Tema: Reliquidación pensión ordinaria de jubilación - Régimen de transición de la Ley 33 de 1985, Fallo de Segunda Instancia – Ley 1437 de 2011.

la demandante debieron tenerse en cuenta únicamente los factores salariales contemplados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 que subrogó la Ley 33 de 1985, esto es: asignación básica; gastos de representación; prima 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. Además, trajo a colación la sentencia de unificación el Consejo de Estado²⁶.

Asimismo, indicó que frente al certificado de salarios del año anterior al retiro del servicio, se advierte que además de la asignación básica, incluida en la liquidación efectuada al momento del retiro del servicio la demandante percibió la prima de navidad y prima de vacaciones, no obstante, no se encuentran contempladas en la Ley 62 de 1985 como factores a incluir dentro de la liquidación para el pago de pensión de jubilación ordinaria, razón por la cual no resultaba procedente su inclusión para tal propósito.

Por su parte, el apoderado judicial de la parte demandante apeló la decisión de primera instancia, expresando que la Sentencia 0143 de 2018 excluyó de dicho criterio unificador a los docentes, e indicó que los docentes si tienen un régimen especial de pensiones por mandato de la Ley General de Educación - Ley 115 de 1994. Manifestó que el *a quo* se equivoca al asimilar a los pensionados docentes vinculados antes de la Ley 91 de 1989, a empleados oficiales del sector público nacional aplicándoles la Ley 33 y 62 de 1985, para con ellos unificar jurisprudencia en la Sentencia SUJ 014 de 25 de abril de 2019 y la SUJ 0143 del 28 de agosto de 2018, pues como se estableció su vinculación fue el 30 de junio de 1966 habiendo adquirido su status el 1 de julio de 1966, es decir, antes de la vigencia de la Ley a la que se hizo referencia en primera instancia, mal pudiendo entonces retrotraer la aplicación de dicha interpretación a los docentes que laboraban desde antes, e igualarlos con los docentes vinculados desde la Ley 91 de 1989.

Expresó que, en este debate es evidente que se configuran los dos elementos señalados en fundamento 22 de la sentencia, que hacen necesario que se resuelva el caso a partir del principio de favorabilidad, concluyendo que aquellos docentes a quienes tengan aprobada la pensión de jubilación al tenor de la Ordenanza 057 de 1996 se le debe reliquidar dicha pensión en aplicación de los principios de igualdad y favorabilidad en materia laboral. Solicitó revocar en su integridad la sentencia de primera instancia.

Al respecto es pertinente acotar que la ordenanza 057 de 1966, expedida por la Asamblea Departamental del Tolima fue declarada nula por el Tribunal Administrativo del Tolima, decisión que fue confirmada por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 29 de noviembre de 1993²⁷, pero no afectó la prestación ya reconocida a la demandante, por cuanto quedó convalidada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, que saneó las prestaciones pensionales que habían sido otorgadas con base en regulaciones locales, a pesar que es una competencia del legislador, en coordinación con el Ejecutivo

²⁶ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS; Sentencia de Unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, Expediente: 680012333000201500569-01 (0935-2017), Demandante: Abadía Reynel Toloza, Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -Fomag.

²⁷ M.P. Álvaro Lecomte Luna, exp. No. 5579.

Nacional.

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

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

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

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

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 petitionar 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 y negrilla originales).

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

En síntesis, se tiene que el Honorable Consejo de Estado precisó que la prestación vitalicia instituida en la Ordenanza 057 de 1966 ostenta la naturaleza propia de la pensión ordinaria de jubilación, toda vez que, si bien no estableció unos requisitos idénticos a los señalados en las disposiciones legales vigentes que regulaban el régimen general, estos carecían de la virtualidad de tornarla en especial, criterio que ha sido

adoptado por la misma corporación en reiterados fallos tutelares²⁸, ante la inexistencia de un fallo unificador con respecto a la temática, esto, en virtud de lo preceptuado en el artículo 53 de la Constitución Política.

*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 Ramírez²⁹, 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 lijada 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", va 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.*

(...)

En este estado de las cosas, 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.

Ahora bien, en razón a que, según lo expuesto, a la prestación recibida por la actora se le puede atribuir la connotación de ordinaria, esta sala considera que es procedente efectuar el correspondiente estudio de la reliquidación pensional deprecada en el presente medio de control, de conformidad con los preceptos normativos del régimen general aplicable al caso.

En efecto, considerando que la ordenanza 057 de 1966 fue declara nula tal y como se precisó en renglones anteriores, se hace necesario establecer el régimen pensional ordinario aplicable a la actora, para efectos de determinar los factores salariales que

²⁸ "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."

²⁹ "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".

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 generales³⁰.

Del caudal probatorio que milita dentro del expediente, se encuentra acreditado que la señora Lynne Dávila Skinner, nació el 8 de mayo de 1941³¹, y prestó sus servicios como docente a orden del Departamento del Tolima el 18 de julio de 1966, por lo tanto, al 9 de marzo de 1987, fecha en que se reconoció su pensión de jubilación superó los 20 años de servicio, por lo que la Caja de Previsión Social del Tolima le reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación efectiva a partir del 18 de julio de 1986 - fecha en que cumplió 20 años de servicio al departamento- tal y como lo instituía la Ordenanza 057 de 1966. Se recalca que mediante Resolución número 0540 del 4 de junio de 2002 se reliquidó la pensión mensual vitalicia de jubilación, con ocasión al retiro definitivo del servicio realizado por la actora a partir del 28 de enero de 2002, 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 *"El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario que sirvió de base para los aportes durante el último año de (Negrillas de la Sala).*

A su turno, los párrafos 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 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

³⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO; Radicación número: 73001-23-31-000-2004-01598-01 (0450-09), Sentencia del 10 de febrero de 2011, Demandante: Luis Sánchez Pérez, Demandado: Ministerio de Educación Nacional.

³¹ Según Cédula de Ciudadanía visible en folio 39 del cuaderno principal.

Sala).

Por otra parte, la señora Lynne Dávila Skinner contaba con un poco más de 18 años de servicio para el momento en que empezó a regir la Ley 33 de 1985, es decir, al 13 de febrero de 1985, toda vez que se encuentra acreditado dentro de la foliatura que empezó a laborar a orden del Departamento del Tolima el 18 de julio de 1966, es decir, que había acreditado más de 15 años de servicio que exige la norma, por lo tanto, se encuentra inmersa en el régimen de transición del citado canon; lo que motiva que se le deba aplicar el régimen pensional anterior, en lo atinente a la edad, como lo indica el inciso 1º, Parágrafo 2º, artículo 1º de la citada normatividad³².

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

Al respecto es preciso acometer el caso conforme al precedente jurisprudencia del Consejo de Estado, contenido en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019³³ lo cual en el numeral primero de la parte resolutive estableció:

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

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

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

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para

³² El inciso 1º del parágrafo 2º del artículo 1 de la Ley 33 de 1985, señala: "Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley..."

³³ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS; Sentencia de Unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, Expediente: 680012333000201500569-01 (0935-2017), Demandante: Abadía Reynel Toloza, Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag

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.

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

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

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

Ahora bien, de la certificación expedida por la Oficina de Gestión de Talento Humano de la Secretaría de Educación y Cultura del Tolima (fl. 37 del cuaderno principal), se observa que, en el año 2002, previo a su retiro del servicio, recibió: Prima de Navidad y Prima de Vacaciones, de los cuales solamente aparece en la norma en cita la asignación básica.

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

En este orden de ideas, de acuerdo con la regla fijada en la sentencia de unificación, referenciada, la actora no tiene derecho a la reliquidación de su pensión ordinaria de jubilación, tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios, incluyendo aquellos sobre los que no se efectuaron los aportes al sistema y no están previstos en la Ley 62 de 1985.

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

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

De igual manera, debe precisarse que los casos respecto de los cuales ya ha operado la

cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.”

Por tales razones, la Sala confirmará la sentencia apelada.

Costas:

Resuelto el recurso de apelación y no accediendo a las pretensiones de este, es menester hacer el correspondiente análisis de la condena en costas de la segunda instancia.

Ahora bien, el Código General del Proceso sobre costas, tiene dicho que están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho (**artículo 361**), por lo que en la decisión que resuelva una controversia total o parcial, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación o queja o súplica, etc., que haya propuesto (**artículo 365, numerales 1 y 2**); de tal manera que se explicita en la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia, condenando al recurrente en las costas de la segunda (numeral 3), o cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias (numeral 4).

Por lo demás, de acuerdo con el **artículo 366 del C. G. del P.**, “... 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, **y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado**”.

Por su parte, el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, señala lo siguiente:

“1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.

En única instancia.

- a. *Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, entre el 5% y el 15% de lo pedido.*
- b. *En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 8 S.M.M.L.V*

En primera instancia.

- a. *Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:*
 - (i) *De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.*
 - (ii) *De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido.*
- c. *Por la naturaleza del asunto. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 10 S.M.M.L.V.*

En segunda instancia. Entre 1 y 6 S.M.M.L.V.”

Teniendo en cuenta el artículo 365 numeral 8 del Código General del Proceso el cual establece “solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación” y que la parte demandada no allegó prueba de lo causado, esta Sala se abstendrá de condenar en costas y fijar agencias en derecho aplicando el criterio objetivo valorativo consagrado por el Consejo de Estado³⁴, para no hacer

³⁴ “CONDENA EN COSTAS-Criterio objetivo valorativo

2ª Instancia N/R

Radicado: 73001-33-33-005-2018-00018-01

De: Lynne Dávila Skinner

Contra: Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima

Referencia: Apelación de sentencia

gravosa la condición del apelante respecto de la sentencia de primera instancia y garantizando la doble instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la **sentencia del 18 de diciembre de 2019**, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, por medio de la cual negó las súplicas de la demanda, en virtud a lo expuesto.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas.

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

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha del proveído.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE³⁵.


JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO
Magistrado
Con aclaración de voto


ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA
Magistrado


JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA
Magistrado

Con el propósito de resolver la controversia que se analiza, se advierte que en el expediente está demostrado que la entidad demandada sí ejerció la defensa durante el trámite de la primera instancia, en forma escrita, con el memorial de contestación de la demanda y, en forma presencial, con su asistencia durante la audiencia inicial; por lo tanto, se debe concluir que sí confluyeron los criterios objetivo y valorativo para que el tribunal impusiera una condena al respecto, a cargo de la parte demandante. En efecto, en aplicación del criterio objetivo, en la sentencia debe haber una disposición o decisión acerca de la condena en costas, bien sea imponiéndola o absteniéndose de hacerlo; en este caso, el juez de instancia decidió condenar en costas. (...) Finalmente, es oportuno señalar que esta Sala ha considerado que para la valoración que debe realizar el juez, con miras a determinar si hay o no lugar a imponer costas, no se incluye el aspecto relativo a la mala fe o temeridad de las partes, pues, de lo que se trata es de verificar la actuación o gestión que haya realizado la parte contraria a aquella a la cual le resultan desfavorables las pretensiones y no de evaluar la conducta leal, adecuada, prudente, oportuna y decorosa de la parte que resulta vencida en la actuación, pues tales circunstancias no impiden la imposición de la condena en costas...". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS; Sentencia del 25 de junio de 2020, Radicación número: 41001-23-33-000-2016-00502-01 (5485-18), Actor: Nohemí Suaza Triviño, Demandado: Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Temas: Régimen de cesantías con retroactividad, Sentencia Segunda Instancia.

³⁵ **NOTA ACLARATORIA:** La Providencia se tramitó y suscribió por los canales electrónicos oficiales de los Despachos de los Magistrados que integran la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima y de la misma manera fue firmada y notificada.