

República de Colombia
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

Magistrado Ponente. Dr. CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ

Ibagué, once (11) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Radicación: No. 73001-33-33-009-**2019-00035-01**
Interno: No. 00844-2020
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: MARÍA TERESA DE JESUS CASTRO DE RODRIGUEZ
Demandada: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES DEL TOLIMA
Asunto: Apelación de sentencia – Reliquidación pensional ordenanza 057 de 1966.

OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Se encuentran las presentes diligencias en esta Corporación a efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, en contra de la sentencia dictada por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Ibagué el 27 de julio de 2020, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones demandatorias.

ANTECEDENTES

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

DECLARACIONES Y CONDENAS¹

1. ***SE DECLARE*** la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 1230 de 26 abril de 2018, expedida por **LA SECRETARIA ADMINISTRATIVA Y LA DIRECCIÓN DEL FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES DE LA GOBERNACIÓN DEL TOLIMA**, donde se niega el ajuste, revisión y/o reliquidación de la pensión de jubilación de la actora **MARIA TERESA DE JESUS CASTRO DE RODRÍGUEZ**, en cuanto la inclusión de factores salariales en el ingreso base de liquidación pensional devengados en el último año de servido docente, como fueron: **las doceavas partes de las PRIMAS DE VACACIONES Y NAVIDAD**. Como al igual, se declare la nulidad de la Resolución No. 0110 de 26 de junio de 2018, expedida por **EL SEÑOR GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA**, en donde se resolvió el Recurso de Apelación, en contra de la Resolución No.

¹ Folio 3-31 del C.Ppal.

1230 de 26 de abril de 2018, expedida por **LA SECRETARIA ADMINISTRATIVA Y LA DIRECCIÓN DEL FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES DE LA GOBERNACIÓN DEL TOLIMA**, confirmándola.

2. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a manera de Restablecimiento del Derecho, se ordene al **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA (FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES)**, a efectuar la **REVISION Y REUQUIDACION DE LA PENSION DE JUBILACION** de la actora **MARIA TERESA DE JESÚS CASTRO DE RODRÍGUEZ**, por retiro definitivo del servicio oficial, incluyéndole en el ingreso base de Reliquidación Pensional, no solamente el **SUELDO**, sino también **las doceavas partes de las PRIMAS DE VACACIONES Y NAVIDAD**, y todos los demás factores salariales que no se le tuvieron en cuenta para la cuantificación de su mesada pensiorial 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 que así lo ordene.
3. **CONDENAR** al **DEPARTAMENTO, DEL TOLIMA (FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES)**, a que cancele 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, induida la indexación y los ajustes e Intereses que confiere la ley, liquidados mes por mes, más los acrecimientos que se causen durante el proceso y hasta cuando se haga efectiva la sentencia que así lo ordene.
4. **CONDENAR** al **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA (FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES)**, a que sobre las diferencias adeudadas, le pague a la actora, las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor de dichas sumas, conforme al Índice de precios al consumidor o al por mayor y tal como lo autoriza el C.P.A.C.A.
5. Que la sentencia que salga a favor de mí Poderdante, **ORDENE** que se descuente del retroactivo, el valor de los aportes para pensión, sobre los factores salariales reconocidos en la sentencia, únicamente a partir de los tres (3) años atrás de la fecha de agotamiento de la vía gubernativa y/o presentación de la demanda, de ahí en adelante hasta cuando se efectúe el pago definitivo a favor de mí Poderdante.
6. **ORDENAR** al **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA (FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES)**, a que cumplimiento al fano dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.
7. **CONDENAR** al **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA (FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES)**, a que si no da cumplimiento al fallo dentro del término de treinta (30) días, le pague a mí Poderdante, intereses moratorios conforme al artículo 195 del cy.A.C.A., y conforme a la sentencia C-188 del 29 de marzo de 1999 de la Honorable Corte Constitucional, que declaró inexecutable parcialmente el artículo 177 del C.C.A.
8. **CONDENAR** en costas a la entidad demandada conforme al artículo 1881 del C.P.A.C.A., y la Ley 446 de 1998.”

HECHOS Y OMISIONES

1. “MI (sic) poderdante **MARLA TERESA DE JESÚS CASTRO DE RODRÍGUEZ**, Identificada con la C.C.No. 28.677.747 expedida en Chaparral – Tolima, es pensionada por **EL DIRECTOR DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DEL TOLIMA (hoy, DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES)**, a voces de la Resolución No. 0600 de 08 de junio de 1983, retroactiva al 26 de marzo de 1982, fecha en la cual adquirió su derecho.
2. Mediante Resolución No. 1470 de 25 de agosto de 2011, **LA SECRETARIA ADMINISTRATIVA Y LA DIRECCIÓN DEL FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES DE LA GOBERNACIÓN DEL TOLIMA**, reliquidó la pensión de jubilación de la actora, por retiro definitivo del servido docente, sin incluirle en el Ingreso base de liquidación pensional, **las doceavas partes de las Primas de VACACIONES y NAVIDAD**, devengadas en el último año de servido, razón y causa de la presente demanda.
3. El último año de servicio docente de la actora **MARIA TERESA DE JESÚS CASTRO DE RODRÍGUEZ**, fue del 11 de junio de 2010 al 10 de Junio de 2011; habiendo devengado los siguientes haberes laborales, así: Sueldo: \$2.425.59200; Prima de Vacaciones de \$1.175531.00 y Prima de Navidad de \$2.448,024,00.
4. Mediante libelo petitorio en Agotamiento de Vía Gubernativa y calendado el 22 de marzo de 2018, el suscrito Apoderado obrando en nombre y representación de la actora **MARIA TERESA DE JESÚS CASTRO DE RODRÍGUEZ**, solicité al Señor Gobernador del Departamento del Tolima, revisara la reliquidadón de su 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 servido docente oficial.
5. Esta solicitud se resolvió, mediante Resolución No. 1230 de 26 de abril de 2018, expedida por **LA SECRETARIA. ADMINISTRATIVA Y LA DIRECCIÓN 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 por la actora en el último año de servicios docente; habiéndose impugnado en Recurso de Apelación, ante el Señor Gobernador del Departamento del Tolima.
6. Mediante Resolución No. 0110 de 26 de junio de 2018, suscrita por el Señor Gobernador del Departamento del Tolima, **CONFIRMÓ** la Resolución No. 1230 de 26 de abril de 2018, expedida por **LA SECRETARIA ADMINISTRATIVA Y LA DIRECCIÓN DEL FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES DE LA GOBERNACIÓN DEL TOLIMA**.
7. Mediante Decreto No. 532 del 16 de junio de 1995, se liquidó **LA CAJA DE PREVISION SOCIAL DEL TOLIMA**, estableciendo en su artículo segundo la sustitución y pago de la pensión de las pensiones por el Departamento del Tolima a través del Fondo Territorial de Pensiones del Departamento, creado mediante Ordenanza No. 034 del. 30 de junio de 1995, por la Asamblea del Departamento del Tolima y ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 713 del 14 de agosto de 1986 del Gobierno Departamental que estableció como funciones, sustituir a la Caja de Previsión Social en todo lo relacionado con el reconocimiento y pago de pensiones.
(...)

8. *Es de resaltar que al 13 de febrero de 1985, fecha en la cual entró a regir la Ley 33 de 1986 "Por la cual se dictan medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las Prestaciones Sociales para el Sector Público", la docente, no solo tenía más de quince (15) años al servicio del Estado, sino que estaba pensionada por **EL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA** y continuaba ejerciendo sus funciones como docente pensionada activa al servicio del Magisterio Tolimense, como efectivamente sucedió.*
9. *La docente pensionada retirada **MARIA TERESA DE JESÚS CASTRO DE RODRIGUEZ**, por su condición de exfuncionaria al servicio del Departamento del Tolima, tiene su régimen de pensión como el art. 73 de Decreto 1848/69, que establecen que: "El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al 75% del promedio de salarios y primas de toda especie percibidos en el último año de servicio"; resaltando el hecho de que tales disposiciones son unísonas en ordenar la liquidación sobre **SALARIOS DEVENGADOS** del último año de servicio y no sobre **APORTES SUFRAGADOS** que exigía la pensión por aportes (Ley 71 de 1988), inaplicable para empleados oficiales con más de 20 años de servicio al Estado.*
10. *Es bien sabido que el derecho a reclamar la pensión y por ende su reliquidación, revisión o reajuste, son derechos imprescriptibles y sin caducidad de la acción, por tratarse de obligaciones periódicas y de tracto sucesivo, razón por la cual mi mandarte se encuentra legitimada para incoar esta demanda."*

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

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

“(…)”

*“En esta forma resulta claro que como los actos proferidos por la administración son realizados producto de la delegación que se encuentra en cabeza del Secretario de Educación del Departamento del Tolima por parte del Ministerio de Educación Nacional, este Ente Territorial no tiene la obligación legal de LIQUIDAR Y PAGAR la pensión y/o realizar la reliquidación de la misma respecto de la señora **MARIA TERESA DE JESUS CASTRO DE RODRIGUEZ**.*

(…)

En el evento hipotético de configurarse y reconocer la reliquidación de la pensión de la actora, esta debe estar a cargo de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.”

En el mismo planteó las siguientes excepciones: “**COBRO DE LO NO DEBIDO**” y “**RECONOCIMIENTO OFICIOSO DE EXCEPCIONES.**”

SENTENCIA APELADA³

² Vista a folios 88-96 del cuaderno principal Juz. Activo.

³ Ver anexo N° 06 del cuaderno principal Juz. Activo.

El Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante sentencia proferida el 27 de julio de 2020, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR no probada la excepción de “Falta de legitimación en la causa por pasiva” y “cobro de lo no debido”, formulada por el Departamento del Tolima-Fondo Territorial de Pensiones, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 1230 del 26 de abril de 2018 y No. 0110 del 26 de junio de 2018, por medio de la cual se negó la reliquidación pensional a la actora y se resolvió recurso de apelación respectivamente, en atención a los argumentos expuestos.

TERCERO: A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se CONDENA al Departamento del Tolima- Fondo Territorial de Pensiones a reliquidar la pensión de jubilación de MARÍA TERESA DE JESÚS CASTRO DE RODRÍGUEZ, con el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios (11 de junio de 2010 al 10 de junio de 2011), sumas que conforme la documental militante en el cartulario, comprende sueldo, las doceavas partes de la prima de navidad, y las doceavas partes de la prima de vacaciones, estos dos últimos factores a partir de los cuales habrá de reliquidarse la pensión jubilación de la demandante con su inclusión.

Precisando además, que la reliquidación ordenada, lo será, **siempre que se corrobore que dichos haberes no fueron tenidos en cuenta previamente, y que no se haya reconocido en favor de la parte demandante otra pensión de jubilación por la prestación de servicios como docente.**

CUARTO: A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se CONDENA al Departamento del Tolima- Fondo Territorial de Pensiones, a pagar a la demandante las diferencias existentes entre lo pagado y lo que se debió pagar de acuerdo a lo ordenado en el ordinal anterior, desde el 22 de marzo de 2015 y hasta el día en que se incorpore en la mesada pensional la respectiva reliquidación.

QUINTO: ORDENAR al Departamento del Tolima- Fondo Territorial de Pensiones, practicar sobre la pensión reliquidada, los reajustes que año a año debe ser realizado conforme a los incrementos fijados por el Gobierno Nacional.

SEXTO: AUTORÍZASE al Departamento del Tolima- Fondo Territorial de Pensiones, a efectuar el descuento de los aportes debidamente actualizados conforme al Índice de Precios al Consumidor, sobre los factores ordenados incluir al cálculo pensional (las doceavas partes de la prima de vacaciones y de la prima de navidad), por el término que la señora MARÍA DE JESÚS CASTRO DE RODRÍGUEZ percibió tales factores salariales, siempre y cuando sobre los mismos no se hubiere efectuado deducción legal.

SÉPTIMO: DECLARAR probada de oficio la excepción de prescripción con relación a las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 22 de marzo de 2015, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: Negar las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

NOVENO: DAR cumplimiento a la sentencia en los términos dispuestos en el artículo 192 del C.P.A.C.A. en cuanto a los intereses moratorios.

DÉCIMO: ABSTENERSE de condenar en costas, conforme a lo considerado en la parte final de esta providencia.

(...)

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

(...)

“En el presente asunto, estima esta Instancia le asiste derecho a la parte actora en la reclamación efectuada en sede judicial, de consuno con la línea jurisprudencial que por vía de tutela ha venido trazando el Consejo de Estado, la que además resulta convergente con la Jurisprudencia de la Corte Constitucional; para señalar que en aplicación del principio de favorabilidad estipulado en el artículo 53 de la Constitución Nacional, ante la disparidad de criterios que existen frente al tema debe adoptarse aquel que resulte más favorable a los intereses del trabajador, en este caso el contenido en la sentencia del 18 de febrero del 2010, por consiguiente la pensión reconocida a los docentes conforme la Ordenanza 057 de 1966, para efectos de su reliquidación debe sujetarse a las normas que regulan la pensión de jubilación de los docentes, y sobre tal egida bajo la ponderación de los parámetros legales aplicables – Ley 6/45 – se avienen a derecho los pedimentos incoados por la parte demandante.

De modo que, ante lo anterior se impone para el Despacho declarar no probadas las excepciones de “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, y “Cobro de lo no debido”, propuestas por la entidad accionada.”

LA APELACIÓN⁴

Oportunamente, la apoderada judicial de la entidad demandada interpuso el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Ibagué el 27 de julio de 2020, para lo cual formuló las siguientes censuras en contra de la decisión de primer grado:

“Pretende el aquo desconocer que el reconocimiento de la accionante, tuvo su fundamento en la ordenanza 057 de 1966, ante lo cual hay que manifestar que la Asamblea Departamental del Tolima no estaba facultada para crear una pensión especial que no tuviera en cuenta la edad de los beneficiarios, si no el tiempo de servicios de 20 años y el 75% de lo devengado en el último año de servicios, afirmación que fue reiterada por el Consejo de Estado quien indicó que el reconocimiento del status de pensionado hecho a través de la mencionada ordenanza, no debía ser considerado una prestación especial, si no un señalamiento de requisitos especiales de reconocimiento.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta en su momento el carácter de especial o departamental habiéndose liquidado en su momento la pensión con los factores salariales que se pudieron demostrar al momento del reconocimiento y pago, no es viable el reconocimiento de la reliquidación de la pensión que en su momento fue reconocida como especial y que fue liquidada teniendo en cuenta los factores aportados hasta la fecha del reconocimiento.

(...)

De manera respetuosa solicito a los Honorables Magistrados, tener en cuenta todos y cada uno de los argumentos esgrimidos por el ente territorial que represento y se proceda a revocar la Sentencia de Primera Instancia proferida el 27 de julio del presente año, que accedió a las pretensiones de la demanda y condenó al ente territorial.”

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

⁴ Ver anexo N° 8 del expediente Juz. Activo.

El recurso de apelación fue admitido mediante proveído fechado el 07 de diciembre de dos mil veinte (2020)⁵, posteriormente, el expediente ingreso al Despacho para proferir la correspondiente sentencia.

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

CONSIDERACIONES DE LA SEGUNDA INSTANCIA

1. Precisiones preliminares

1.1. *Competencia del Tribunal.*

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

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

1.2. *Definición del recurso*

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

1.3 *Problema jurídico*

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

2. *Análisis sustancial*

Pretende la parte demandante, se declaren nulos los actos administrativos contenidos en las Resoluciones Nos. 1230 del 26 de abril de 2018 y 0110 del 26 de junio de 2018, expedidas por el Departamento del Tolima – Fondo Territorial de pensiones, por medio de las cuales se denegó la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a la señora MARÍA TERESA DE JESUS CASTRO DE RODRIGUEZ.

⁵ Ver anexo N° 004 del expediente Tribunal Activo.

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

2.1. Análisis probatorio

a) Que mediante Resolución No. 0600 del 08 de junio de 1983, la Caja de Previsión Social del Tolima, reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual de jubilación vitalicia a favor de la señora MARÍA TERESA DE JESUS CASTRO DE RODRIGUEZ, por haber laborado 20 años al servicio oficial docente del Departamento del Tolima, de conformidad con lo instituido en el artículo 25 de la Ordenanza 057 de 1966 (fls. 35-36 C.Ppal. Juz. Adtivo.).

b) Que a través de la Resolución No. 1470 del 25 de agosto de 2011, expedida por la Secretaría Administrativa – Fondo Territorial de Pensiones del Departamento del Tolima, se reliquidó la pensión mensual de jubilación vitalicia reconocida a la señora MARÍA TERESA DE JESUS CASTRO DE RODRIGUEZ, mediante Resolución número 0600 del 08 de junio de 1983, con base en el 75% del sueldo básico devengado en el último año de servicio (fols. 37–39 C.Ppal. Juz. Adtivo.).

c) Que mediante derecho de petición elevado por la actora a través de apoderado judicial y radicado ante la Gobernación del Tolima, el día 22 de marzo de 2018, solicitó la reliquidación de su pensión jubilación, con inclusión de todos y cada uno de los factores salariales devengados en su último año de servicio, inmediatamente anterior al retiro definitivo (fols. 40-54 C.Ppal. Juz. Adtivo.).

d) Que mediante Resolución No. 1230 del 26 abril de 2018, expedida por la Dirección del Fondo Territorial de Pensiones - Secretaría Administrativa del Departamento del Tolima, se resolvió de manera desfavorable la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados por la señora MARÍA TERESA DE JESUS CASTRO DE RODRIGUEZ, en su último año de servicio (fols.56-59 C.Ppal. Juz. Adtivo.).

e) Que mediante Resolución No. 0110 del 28 de junio de 2018, emitida por el Gobernador del Departamento del Tolima, se resolvió un recurso de apelación contra la Resolución No. 1230 del 26 de abril de 2018, confirmándola en su integridad (fl. 60-63 C.Ppal. Juz. Adtivo.).

f) Certificado de los sueldos que devengó la demandante en el periodo comprendido entre el año 2008 a 10 de junio de 2011 (fl. 66 Juz. C.Ppal. Adtivo.).

j) Constancia de tiempo de servicio de la accionante proferido por la Secretaria de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, en donde consta que la demandante ingreso a prestar sus servicios como docente desde el 26 de marzo de 1962 al 10 de junio de 2011 (fl. 65 C.Ppal. Juz. Adtivo.).

k) Cédula de ciudadanía de la señora MARIA TERESA DE JESUS CASTRO DE RODRIGUEZ, en donde consta que nació el 24 de marzo de 1946 (fl. 68 C.Ppal. Juz. Adtivo.).

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

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

Conforme al caudal probatorio que milita en el expediente, avizora la Sala que mediante acto administrativo contenido en la Resolución Número 0600 del 8 de junio de 1983⁶, se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación vitalicia a la señora MARIA TERESA DE JESUS CASTRO DE RODRIGUEZ, por los servicios prestados al Departamento del Tolima en calidad de docente oficial por un periodo superior a 20 años, con fundamento en la ordenanza 057 de 1966, expedida por la Asamblea Departamental del Tolima.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el reconocimiento pensional otorgado a la señora MARIA TERESA DE JESUS CASTRO DE RODRIGUEZ, se dio en virtud de lo establecido en el artículo 25 de la Ordenanza 057 de 1966, expedida por la Asamblea Departamental del Tolima, bajo una “aparente” competencia legal, deducida equívocamente del numeral 4^o del artículo 97 de la Ley 4^a de 1913, pues dicha competencia sólo radicaba, y actualmente radica, en el Congreso de la República, tal como lo disponía en su época la Constitución de 1886 y actualmente la expedida en 1991; esta Sala ha de indicar que, el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 29 de noviembre de 1993⁷, con ponencia del Dr. ÁLVARO LACOMPTE LUNA, declaró la nulidad de dicha norma, al confirmar la decisión proferida por esta Corporación Judicial del 13 de diciembre de 1990, pues, consideraron que a la luz del texto constitucional las facultades para regular prestaciones sociales, estaban atribuidas al Congreso de la República, o al Presidente en ejercicio de sus facultades extraordinarias y no a las Asambleas Departamentales, así las cosas, las pensiones reconocidas con base en dicha disposición se mantienen por tratarse de un derecho adquirido o a lo que se denomina una situación consolidada⁸, circunstancia que no puede ser desconocida por la autoridad judicial.

⁶ Ver fls. 35-36 C.Ppal. Juz. Activo.

⁷ Consejo de Estado – sentencia del 29 de noviembre de 1993, C. P. ALVARO LECOMPTE LUNA: “Ahora bien, estudiando la Sala con más detenimiento la cuestión planteada, surge que cuando la Asamblea del Tolima, el 30 de noviembre de 1996, produjo los artículos 25,26 y 27 de la Ordenanza 57, en los cuales se establecieron las condiciones para que los maestros del departamento aludido tuvieran derecho a pensión de jubilación, lo hizo en ejercicio de una facultad aparentemente válida, al tenor del art. 97, numeral 4 de la ley 4 de 1913. Sin embargo, ya para ese entonces el artículo 62 de la original Constitución de 1986 reservaba al legislador lo atinente a las pensiones de jubilación; en otras palabras, la reforma constitucional de 1986, no hizo otra cosa que reafirmar, de una manera más clara y precisa dicha atribución para la ley, o sea el Congreso o al presidente de la república extraordinariamente, de lo que se deduce que, constitucionalmente hablando, la Asamblea del Tolima jamás tuvo la facultad de la que hizo uso...”

⁸Ley 100 de 1993 - ARTICULO. “146.-Situaciones jurídicas individuales definidas por disposiciones municipales o departamentales. Las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la presente ley, con base en disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales en favor de empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados, continuarán vigentes.

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

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

Así pues, y teniendo en cuenta que estamos ante un derecho preexistente que no puede ser desconocido y, que fue otorgado bajo la vigencia de una normatividad que ulteriormente fue declarada nula, se podría pensar que no es posible proceder a la solicitud de reliquidación pensional deprecada con fundamento en un precepto que fue retirado del ordenamiento jurídico; no obstante, y atendiendo los lineamientos trazados por el Órgano de cierre jurisdiccional en reiterados pronunciamientos tutelares, según la cual entre las disposiciones adoptadas por el Honorable Consejo de Estado, esta Corporación debe acoger a aquella que resulte más beneficiosa y favorable para el trabajador, esta Sala precisa lo siguiente:

Frente a la tesis más favorable se ha de traer a colación lo establecido por el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B, Consejero Ponente Dr. Ponente Gerardo Arenas Monsalve, en sentencia del 18 de febrero de 2010, al interior de la cual se estableció lo siguiente:

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

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

"En un punto a la solicitud de reliquidación de la mesada pensional destaca la Sala que no se comparten los argumentos consignados en la providencia recurrida sobre la imposibilidad de peticionar esta reliquidación y el reajuste del derecho pensional por haberle sido reconocida en virtud de la Ordenanza 057 de 1966 que finalmente fue anulada por la autoridad administrativa, porque, a pesar de que el reconocimiento se dio bajo unos requisitos especiales (los previstos en la referida ordenanza) ello no le resta el carácter de ordinaria a dicha pensión máxime cuando la petición procura la aplicación de las normas reguladoras de la pensión ordinaria de jubilación. Distinto sería que se solicitara la aplicación del acto departamental que consagró requisitos especiales, pues en este evento, no habría lugar a acceder a ello; por el tantas veces citado argumento, de que solo el Congreso es el autorizado constitucionalmente para fijar el régimen prestacional y salarial de los empleados públicos." (Subrayas fuera del texto).

En síntesis, se tiene que el Honorable Consejo de Estado precisó que la prestación vitalicia instituida en la Ordenanza 057 de 1966 ostenta la naturaleza propia de la pensión ordinaria de jubilación, toda vez que, si bien no estableció unos requisitos idénticos a los señalados en las disposiciones legales vigentes que regulaban el régimen general, estos carecían de la virtualidad de tornarla en especial, criterio que ha sido adoptado por la misma corporación en reiterados fallos tutelares⁹, ante la

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

⁹ 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

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 Ramírez¹⁰, en la que señaló que *“el hecho de que estos docentes del departamento por virtud del artículo 25 de la Ordenanza 57 pudieran acceder a la pensión de jubilación ordinaria en una forma más ventajosa que la fijada a los demás servidores públicos,... solo significa que se trata de una pensión de jubilación con regulación especial, no de una pensión especial diferente a la de jubilación”, ya que esa Ordenanza “no creó una prestación especial sino que lo que hizo fue señalar unos requisitos especiales para el reconocimiento de la pensión de jubilación de los maestros”. **Motivo por el cual no podrán después pretender se les reconozca otra pensión ordinaria de jubilación**”, sustentos que nos permite concluir sin dubitación alguna que, es procedente efectuar el estudio correspondiente a la reliquidación pensional de las prestaciones vitalicias reconocidas en la precitada ordenanza, siempre y cuando el beneficiario (a) no perciba otra pensión a la que le sea atribuible la misma connotación “ordinaria”, esto en virtud de la incompatibilidad de la dualidad pensional bajo un mismo sustento legal.*

El anterior criterio, tiene sustento en los argumentos expuesto por la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado en sentencia del 24 de abril de 1997¹¹, en la que precisó:

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

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

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

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.

¹⁰ 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.

¹¹ Expediente 13.005, CP. Dolly Pedraza de Arenas.

El hecho de que estos docentes del departamento por virtud del artículo 25 de la Ordenanza 57 pudieran acceder a la pensión de jubilación ordinaria en una forma más ventajosa que la fijada a los demás servidores públicos en el artículo 18 de la misma, sólo significa que se trata de una pensión de jubilación con regulación especial, no de una pensión especial diferente a la de jubilación, como sí sucede por ejemplo con la pensión consagrada por la Ley 114 de 1913 respecto de la cual el mismo legislador le dio el calificativo de pensión "gracia", para diferenciarla de la pensión ordinaria de jubilación"

"(...)"

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

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

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

En este orden de ideas, es menester señalar que se bien esta Colegiatura había adoptado la postura de denegar la revisión y reliquidación de las pensiones de jubilación reconocidas a los docentes departamentales con fundamento en la Ordenanza 057 de 1966, por haberse tenido como una prestación de carácter especial; esta Corporación, en ejercicio de autonomía e independencia judicial, retoma el estudio de este tema y luego de un análisis profundo, acorde a los valores, principios y garantías constitucionales tales como el principio de favorabilidad, y los precedentes judiciales sentados por el Honorable Consejo de Estado en reiterados pronunciamientos, determina modificar su criterio y proceder a efectuar el correspondiente estudio de la reliquidación pensional deprecada por la actora, bajo las previsiones normativas que regulan el reconocimiento de la pensión ordinaria de jubilación docente, aplicables al caso en comento, para lo cual, se ha de verificar el cumplimiento de los requisitos para acceder a tal prestación bajo tales cánones, siempre y cuando la demandante no perciba otra prestación vitalicia de la misma connotación – ordinaria.

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

Considerando que la ordenanza 057 de 1966 fue declara nula tal y como se precisó en reglones anteriores, se hace necesario establecer el régimen pensional ordinario aplicable a la actora, para efectos de determinar los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta en la reliquidación pensional deprecada.

En este punto, vale precisar que la jurisprudencia del alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha señalado que los docentes son **empleados oficiales de régimen especial**, lo cual comprende entre otros aspectos, el ingreso, ejercicio, estabilidad,

ascenso y retiro de estos servidores (art. 3º del Decreto 2277/79) pero, en manera alguna, su especialidad se extiende al régimen pensional; en la medida que las citadas normas no previeron requisitos específicos para los docentes, relacionados con la edad, el tiempo de servicio y la cuantía, diferentes a los consagrados en disposiciones generales¹².

Ahora bien, del caudal probatorio que milita dentro del expediente, se encuentra acreditado que la señora MARIA TERESA DE JESUS CASTRO DE RODRIGUEZ, nació el 24 de marzo de 1946¹³, y prestó sus servicios como docente del Departamento del Tolima – sector público desde el 26 de marzo de 1962 al 10 de junio de 2011¹⁴, por lo que la Caja de Previsión Social del Tolima le reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación, efectiva a partir del 26 de marzo de 1982, fecha en la cual acreditó el cumplimiento de los 20 años de servicio que instituía la Ordenanza 057 de 1966, sin embargo, y teniendo en cuenta que la misma se le atribuye la naturaleza de ordinaria, esta Corporación establecerá el régimen pensional vigente para la época en que demostró acreditar los requisitos legales del régimen general (edad y tiempo de servicio), el cual no es otro que el instituido en la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º preceptuó lo siguiente:

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

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

A su turno, los 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 Sala).

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 10 de febrero de 2011, radicación No. 73001-23-31-000-2004-01598-01(0450-09). Consejero ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹³ Según Cédula de Ciudadanía obrante a folio 68 del C.Ppal. expediente Juz. Activo.

¹⁴ Ver contenido de la resolución N° 1070 del 25 de agosto de 2011 (fl. 37-39 C.Ppal. Juz. Activo.) y certificado de tiempo de servicios, obrantes a folios 65 C.Ppal. Juz. Activo.

Ahora bien, advierte la Sala que la señora MARIA TERESA DE JESUS CASTRO DE RODRIGUEZ, contaba con veintitrés (23) años de servicio para el momento en que empezó a regir la Ley 33 de 1985 -13 de febrero de 1985-, toda vez que se encuentra acreditado dentro de la foliatura que empezó a laborar a orden del Departamento del Tolima – sector público desde el 26 de marzo de 1962 hasta el 10 de junio de 2011¹⁵, es decir, que había acreditado más de 15 años de servicio que exige la norma, por lo tanto, se encuentra inmersa en el régimen de transición de la citada canon; motivo por el cual, se le debe aplicar el régimen pensional anterior, no sólo en el tema de la edad, como lo indica el inciso 1º, Parágrafo 2º, artículo 1º *ibídem*¹⁶, sino también al tiempo de servicio y los factores salariales a tener en cuenta. Sobre el particular, el Honorable Consejo de Estado ya tuvo oportunidad de pronunciarse en sentencia del 21 de septiembre de 2006, C.P. Jaime Moreno García, quien manifestó:

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

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

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

En tema similar el Honorable Consejo de Estado se ha pronunciado accediendo a las pretensiones demandatorias, básicamente con fundamento en la salvaguarda de los principios de favorabilidad e inescindibilidad de la ley, para lo cual precisó:¹⁷

“A pesar de que la Ley 33 de 1985 no señaló nada en cuanto a la liquidación, considera la Sala que en este aspecto se debe aplicar también el régimen anterior, porque resulta

¹⁵ *Ibídem*.

¹⁶ El inciso 1º del parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, señala: “Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley...”

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A"-Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 26 de febrero de 2009. Radicación número: 25000-23-25-000-2003-08992-01(2559-07) Actor: Carlos Augusto Monroy Rincón Demandado: Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria – CAPRESUB.

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

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

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

(...)

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

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

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

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

“ARTICULO 40. A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.”

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

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

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

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

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

En el caso, sin hesitación alguna está probado que la señora MARIA TERESA DE JESUS CASTRO DE RODRIGUEZ, ha alcanzado la edad requerida en la normatividad en cita para ser beneficiaria de la pensión de jubilación, pues alcanzó la edad de 50 años el 24 de marzo de 1996¹⁸; y en lo que atañe al tiempo de servicios, aprecia la Sala que la accionante cumplió los 20 años de labores el **26 de marzo de 1982**, pues, laboró a orden del sector público – Departamento del Tolima, desde 26 de marzo de 1962 al 10 de junio de 2011 y, por lo tanto, es palmario que acreditó lo requisitos establecidos en la norma referida para ser acreedora del reconocimiento pensional.

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

“Cuantía de la pensión. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidas en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin.” (Subrayado declarado nulo. Sentencia del 7 de junio de 1980 H. C. de E.).

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

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

- a) La asignación básica mensual;**
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;
- c) Los dominicales y feriados;
- d) Las horas extras;

¹⁸ Ver cédula de ciudadanía obrante a folio 68 C.Ppal. del exp. Juz. Activo.

e) Los auxilios de alimentación y transporte;

f) La prima de navidad;

g) La bonificación por servicios prestados;

h) La prima de servicios;

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

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

k) La prima de vacaciones;

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

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

En este punto, es evidente que la demandante es destinataria de las normas pensionales que corresponden al régimen de transición contemplado en la Ley 33 de 1985, lo anterior, habida cuenta que las normas jurídicas favorables al trabajador constituyen una garantía constitucional irrenunciable (Art. 53 superior), con las cuales precisamente se hace efectiva la protección de los derechos laborales adquiridos que hacen parte del patrimonio del beneficiario y que deben ser respetadas por leyes posteriores; de ahí que la determinación y la elección de las normas más beneficiosas a una situación particular y concreta, corresponde a quien debe aplicarlas e interpretarlas, tal y como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C- 168 de 1995¹⁹, que sobre el particular señaló:

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

Teniendo en cuenta la anterior directriz jurisprudencial y los últimos pronunciamientos sentados por el Órgano de cierre jurisdiccional con respecto a la temática, encuentra la Sala que la normativa pensional más favorable en que se subsume la concreta situación de la señora MARIA TERESA DE JESUS CASTRO DE RODRIGUEZ, corresponde al régimen de transición previsto en la ley 33 de 1985, por lo que se puede concluir que es procedente tener en cuenta todos los factores que constituyen salario en el reajuste pensional, es decir, todas aquellas

¹⁹ M.P Dr. Carlos Gaviria Díaz.

sumas percibidas de manera habitual y periódica, como retribución directa de sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé.

Establecido lo anterior, observa la Sala que conforme al certificado adiado el 23 de marzo de 2018 obrante a folio 66-67 del C.Ppal. expediente Juz. Activo., la señora MARIA TERESA DE JESUS CASTRO DE RODRIGUEZ, devengó durante su último año de servicio (comprendido entre el 10 de junio de 2010 y el 10 de junio de 2011), además de la asignación básica, la prima de navidad y la prima de vacaciones.

Pues bien, se tiene que la Caja de Previsión Social del Tolima, otorgó una pensión mensual vitalicia de jubilación a la demandante de conformidad con los requisitos exigidos en la ordenanza 057 de 1966 (20 años de servicio), teniendo en cuenta el sueldo mensual; posteriormente, la Secretaría Administrativa del ente territorial reliquidó la prestación mediante Resolución 1470 del 25 de agosto de 2011²⁰, con el sueldo básico percibido en el último año de servicio, por retiro definitivo; sin embargo, acogiendo lo establecido por el Honorable Consejo de Estado en reiterados pronunciamientos, y en virtud del principio de favorabilidad, se ha de precisar que es procedente efectuar la reliquidación deprecada por la parte demandante, de conformidad con lo instituido en el régimen general de pensiones aplicables al ramo docente; por lo que la demandante tiene derecho a que la entidad accionada reliquide la aludida prestación vitalicia con inclusión de todos los factores salariales devengados durante su último año de servicio (10 de junio de 2010 a 10 de junio de 2011), que comprende además del sueldo básico, la prima de navidad y la prima de vacaciones²¹.

Conforme a los anteriores planteamientos, es preciso concluir que los actos administrativos demandados, no se encuentran ajustados a la Ley, y por lo tanto, la demandante tiene derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios (comprendido entre el 10 de junio de 2010 y el 10 de junio de 2011)²², los cuales son:

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

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

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

La Sala advierte que el fallador de primera instancia realizó un análisis de la postura fijada por el H. Consejo de Estado con relación a la forma en que las entidades de

²⁰ Ver folios 37–39 C.Ppal. del expediente Juz. Activo.

²¹ Ver folio 66-67 C.Ppal. del expediente Juz. Activo.

²² *Ibidem*.

previsión social deben efectuar los descuentos de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los que no se hubiere efectuado el pago, concluyendo para el caso concreto que: **i)** los mismos deberán ser practicados **durante toda la vida laboral** de la señora MARIA TERESA DE JESUS CASTRO DE RODRIGUEZ, por cuanto no opera el fenómeno jurídico de la prescripción sobre los aportes y **ii)** que debe realizarse en razón al porcentaje legal que le correspondía asumir al trabajador, incumbiendo a la entidad demandada traer a valor presente y real tales sumas de dinero **a través de un cálculo actuarial**.

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

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

El artículo 48 de la Constitución reconoce a la seguridad social la doble condición de derecho irrenunciable y de servicio público prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado. La seguridad social se dirige así a "propiciar la prosperidad de los asociados con apoyo en los programas que desarrollen los distintos gobiernos, los cuales deben estar dirigidos a permitir que el individuo y su familia pueda afrontar adecuadamente las contingencias derivadas de las enfermedades, la invalidez, el desempleo, el sub-empleo y las consecuencias de la muerte; a brindarle una adecuada protección a ciertos estados propios de la naturaleza humana como la maternidad y la vejez; y a ofrecerle unas condiciones mínimas de existencia y recreación social que le permitan desarrollarse física y psicológicamente en forma libre y adecuada, facilitando de este modo su total integración a la sociedad²³".

Teniendo en cuenta este mandato superior, la jurisprudencia de las Altas Cortes ha reconocido de manera uniforme y pacífica que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en salud como en pensiones, con independencia de la denominación que de ellos se haga (cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, copagos, tarifas, deducibles, bonificaciones, etc.), no pueden ser utilizados para propósitos distintos a los relacionados con la seguridad social debido a su naturaleza parafiscal. Al referirse al alcance del artículo 48 de la Constitución, la Corte Constitucional ha explicado lo siguiente²⁴:

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

Al respecto la Corte ha hecho énfasis en i) la naturaleza parafiscal de los recursos de la seguridad social tanto en materia de salud como en pensiones ii)

²³ Sentencia C- 895/09

²⁴ Corte Constitucional, Sentencias C-111 de 2006 y C-543 de 2007.

en el tratamiento particular que debe dársele a dichos recursos en los procesos de liquidación de las entidades financieras y iii) en la imposibilidad de asimilar el caso de los depósitos de recursos parafiscales de la seguridad social en las entidades financieras con las indemnizaciones debidas por concepto de contratos de reaseguro de las enfermedades de alto costo.

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

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

Ahora bien, el Consejo de Estado mediante sentencia del 9 de abril de 2014, Consejero Ponente Gustavo Gómez Aranguren, Radicado No. 25000-23-25-000-2010-00014-01 (1849-13), señaló en cuanto a los descuentos para seguridad social en pensiones, de aquellos factores que se ordena incluir para calcular el ingreso base de liquidación de a pensión respecto de los cuales en su momento no se realizaron cotizaciones, lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

Posteriormente en sentencia del 19 de febrero de 2015 proferida por el Consejo de Estado, Consejero Ponente Gustavo Gómez Aranguren, Radicado No. 25000-23-25-000-2011-00102-01 (2076-2013)²⁵, se reiteró la posición frente a los descuentos para seguridad social en pensiones, así:

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

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

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

presente por medio de operación que en tal sentido realice un actuario designando para ello por la entidad demandada.”

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

No obstante lo anterior, es necesario precisar que en relación con el período de tiempo en que deben descontarse los factores dejados de cotizar no existe una posición clara y unificada de nuestro órgano de cierre jurisdiccional. En efecto, el Consejo de Estado²⁶ ha afirmado en diversos pronunciamientos que aquellos factores salariales que deban incluirse en la reliquidación y sobre los cuales no se hubiere cotizado **en el último año de servicio, se descuenta o retenga los montos de cotización sobre esos factores.**

En otros casos, la Alta Colegiatura²⁷ ha señalado que los descuentos de los valores correspondientes a los aportes de los factores ordenados incluir en el cálculo pensional **deben efectuarse por el tiempo que percibió los mismos.** Concretamente ha precisado:

*“Por las razones expuestas, la Sala de Decisión de la Sección Segunda del Consejo de Estado: (i) estima procedente acceder a la pretensión del señor LUIS EDUARDO DELGADO, el sentido de hacerle extensivos los efectos de la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010 por la Sección Segunda del Consejo de Estado, expediente 2006-07509, con ponencia del magistrado VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA y, como consecuencia de ello, se ordenará a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP), la reliquidación de su pensión de jubilación, teniendo como base de liquidación la asignación básica, la bonificación por servicios, la prima de servicios, la prima de vacaciones, la prima de navidad y la prima de productividad, todos ellos, factores salariales por él devengados en su último año de servicios²⁸, y con exclusión del «bonificación por recreación»,(...) (ii) **ordenará a la misma entidad efectuar el recobro y descuento de los valores correspondientes a los aportes proporcionales a que haya lugar, por el tiempo que percibió los mismos factores (12% a cargo del empleador y 4% a cargo del trabajador)**, y (iii) declarará la prescripción trienal de las mesadas causadas con anterioridad al 24 de junio de 2010.”* (Negrilla fuera del texto original)

Bajo este panorama es claro para el Tribunal, que no existe una posición unificada y reiterada sobre el periodo respecto del cual se deban efectuar los descuentos por aportes pensionales, de manera que corresponde a la autoridad judicial, en virtud de la libertad de interpretación y autonomía judicial²⁹, adoptar el enfoque que

²⁶ Ver entre otras, sentencia del Consejo de Estado de fecha 7 de diciembre de 2016, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, radicación número: 11001031500020160263600(AC).

²⁷ Sentencia del Consejo de Estado de fecha 24 de noviembre de 2016, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación número: 11001032500020130134100 (3413-2013).

²⁸ Folios 18 y 19 del expediente.

²⁹ “La gran importancia de la función judicial, e incluso la celosa protección del derecho de acceder a ella resultan vacíos e inútiles, si no se garantizan de igual manera la autonomía e independencia de los jueces, reconocidas y aliviadas también por varios preceptos constitucionales y por los tratados internacionales sobre la materia. En suma, los operadores judiciales deben ser autónomos e independientes, pues sólo así los casos puestos a su conocimiento podrán ser resueltos de manera imparcial, aplicando a ellos los mandatos abstractamente definidos por el legislador, de tal modo que

considere es el correcto, estimando la Sala que es éste último (***descuento de los valores correspondientes a los aportes proporcionales a que haya lugar, por el tiempo que percibió los mismos factores***), el que en mayor medida respeta los principios de sostenibilidad financiera del sistema, favorabilidad³⁰, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales³¹ y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales³², por cuanto guarda relación directa entre la retribución efectivamente percibida por la demandante en servicio y la prestación pensional reconocida.

La tesis según la cual se debe hacer por toda la vida laboral sin importar si percibió o no tales emolumentos de manera ininterrumpida, en efecto desconoce dicha regla básica, atentando contra los derechos del trabajador que estaría obligado realizar un pago, en este caso por 49 años de servicios (se vinculó el 26 de marzo de 1962 y se retiró el 10 de junio de 2011), ignorando si durante todo ese periodo en efecto percibió la prima de navidad y la prima de vacaciones cuya inclusión se ordena; es decir, tal postura no se compadece con la realidad fáctica y jurídica que ampara el derecho pensional de la señora MARIA TERESA DE JESUS CASTRO DE RODRIGUEZ y ocasiona un perjuicio grave a los intereses económicos al ser ordenado.

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

Ahora bien, en este mismo escenario encontramos que tales aportes deberán ser traídos a valor presente, y para el caso concreto el artículo 99 del Decreto 1848 de 1969³³, norma que cubre el derecho pensional de la señora Leticia, establece:

“ARTÍCULO 99.- Deducciones por aportes que se adeuden. Cuando un empleado oficial tenga derecho a una determinada prestación por la cual deba responder una entidad de previsión social y no haya pagado en todo o en parte los aportes correspondientes, la entidad al hacer el reconocimiento respectivo descontará el valor de los aportes, que se liquidarán con base en los diferentes salarios percibidos por el empleado en el respectivo tiempo de servicio³⁴.”

Si bien la norma en mención no contempla la fórmula con la que se debe traer a valor presente el monto de los aportes, tampoco preceptúa que se deba realizar a través del cálculo actuarial ordenado por el fallador de primer grado, el cual, conforme lo ha precisado la Honorable Corte Constitucional en diferentes providencias³⁵, se constituye en una sanción para el empleador ante la falta de

verdaderamente se cumpla la esencia de la misión constitucional de administrar justicia.” Sentencia T-238-11

³⁰ Constitución Política, artículo 53.

³¹ *Ibidem*

³² Corte Constitucional, sentencia C- 1141 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto. “El principio de progresividad y la prohibición de regresividad representa un componente esencial de la garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y dentro de ellos los derechos de seguridad social. La exigibilidad judicial de la protección de un derecho social, debe ser complementada con la posibilidad de conformar contenidos o estándares mínimos constituidos por prestaciones concretas, cuya garantía se pueda posicionar de manera general como un punto sobre el cual avanzar, y de no retorno en cuanto al carácter incuestionable de su satisfacción”

³³ **Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.**

³⁴ Este tiempo de servicios según la interpretación adoptada por esta Colegiatura se constituye en el que **percibió los factores cuya inclusión se ordena.**

³⁵ En Sentencia T-234 de 2018 la Corte Constitucional precisó:

afiliación y/o pago de aportes de seguridad social en pensión a un empleado, situación que evidentemente no es la que se presenta en el *sub lite*, donde es a través de una sentencia judicial que se está ordenando la inclusión de unos factores salariales en una pensión de jubilación, respecto de los cuales el empleador no realizó los respectivos descuentos y corresponde ahora al trabajador asumírselos en la proporción respectiva, es decir, tal fórmula matemática no se ajusta a la situación jurídica que gobierna el derecho pensional de la señora MARIA TERESA DE JESUS CASTRO DE RODRIGUEZ.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.5. De la prescripción

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

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

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

De acuerdo con el acervo probatorio allegado al proceso, se tiene que la accionante mediante petición radicada el día **22 de marzo de 2018**³⁶, solicitó la reliquidación de su pensión mensual vitalicia de jubilación con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, en este sentido se declarará probada esta excepción con relación al reajuste las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **22 de marzo de 2015**.

2.6. La actualización

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

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

³⁶ Ver derecho de petición obrante a folio 40–54 C.Ppal. Juz. Adtivo.

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la demandante por concepto de la reliquidación de su pensión desde el **22 de marzo de 2015** hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

2.7. Condena en costas

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

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

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

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

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

Ahora bien, y como como quiera que en el *sub lite* se ha resuelto desfavorablemente la alzada interpuesta por la parte demandada (Art. 365-1 C.G.P.), y se impone

confirmar la sentencia objeto de la apelación (Art. 365-3³⁷ *ibidem*) y al no tratarse de un asunto en el que se ventile un interés público (Art. 188 C.P.A.C.A.), es menester de la Sala hacer la correspondiente condena en costas de la segunda instancia a favor de la parte demandante y a cargo de la entidad accionada – Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones, siempre que en el expediente se demuestre que se causaron y en la medida de su comprobación, para lo cual se fija el equivalente a 1 SMLMV, por concepto de agencias en derecho, y se ordena que por Secretaría del juzgado de origen se realice la correspondiente liquidación en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

2.8. Síntesis

Con fundamento en lo expuesto, se encuentra acreditado que es procedente acceder a la reliquidación de la mesada pensional deprecada por la parte actora con inclusión de todos los factores salariales percibidos en su último año de servicio activo, razón por la cual, esta Sala de decisión confirmará la sentencia de primera instancia proferida el 27 de julio de 2020, por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Ibagué. En consecuencia, se proferirá la siguiente...

DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero: **CONFIRMASE** la sentencia apelada proferida el 27 de julio de 2020, por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, por medio de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en parte motiva de la presente decisión.

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

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

Ésta providencia fue estudiada y aprobada en Sala del día once (11) de agosto de dos mil veintidós (2022).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

³⁷ “**ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...)”

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



JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA
Magistrado



JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO
Magistrado
(Salva voto)

CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Arturo Arturo Mendieta Rodriguez Rodriguez

Magistrado

Oral 4

Tribunal Administrativo De Ibague - Tolima

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

Código de verificación: **fbf3e8571d07de0083d92af8a291bcf47027082d956e04ced9515b08723e4466**

Documento generado en 12/08/2022 02:38:19 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>